Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in der Dolus-Auffassung des Reichsstrafgesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Otto Cornill

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Gretener.**

Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

Im deutschen Reichsstrafrecht herrscht der allgemeine Grundsatz, daß Strafe nur den Schuldigen treffen soll. Vereinzelte Ausnahmen von diesem allgemein anerkannten Verschuldungsprinzip machen die oberste Regel nicht hinfällig: Keine Strafe ohne Schuld.

Diese Schuld kann eine bewußte oder eine unbewußte sein. Der Delinquent ordnet seinen Einzelwillen dem vernünftigen Willen der Gesamtheit über und handelt dementsprechend; darin liegt das Schuldig. Entweder hat er diesen Gesamtwillen erkannt, das ist die höhere Schuldform, die bewußte Schuld, oder er hat ihn nicht erkannt; doch muß auch im letzteren Falle eine Pflichtwidrigkeit, ein Willensfehler, vorliegen. Es kann dann von Verschuldung nur noch die Rede sein, wenn die Tatsache des Unbewußtseins selbst verschuldet ist.

Eine bewußte Schuld kann es nur da geben, wo die in Frage kommende Person erstens wußte, daß ihr Handeln bezw. Unterlassen Schuld sein werde — also das Bewußtsein muß vorausgehen, darf sich nicht erst nachträglich einstellen — und zweitens trotz dieser Vorstellung handelte bezw. unterließ, also die Schuld auf sich nahm und die Tat beging.

Das Bewußtsein und die Tat sind zwei selbständige Faktoren, einer ist ohne den anderen möglich. Zu ihrer Vereinigung bedarf es eines Bindeglieds, des Willens. Wir haben somit für die bewußte Schuld eine Formel mit drei Größen: Vorstellung, Wille, Tat.

Eine feste Strafandrohung für die Schuld als solche gibt es nicht. Vielmehr hält sich das Strafgesetzbuch naturgemäß an deren Erscheinungsformen, die die Schuld begründenden Taten, und hat daher das dritte Glied unserer Formel, eben die Tat, in bunter Fülle festgelegt. Mit ihr ist in jedem Falle als einer gegebenen Größe zu rechnen; dagegen bleibt es der Wissenschaft größtenteils vorbehalten, Regeln für die Bestimmung der beiden anderen Formelglieder zu finden, deren Behandlung auch für unser Thema allein in Betracht kommt.

Vorstellung und Wille, beide gehören zusammen. Bloße Vorstellung ist an sich belanglos. Die in plötzlicher Wut aufsteigende Vorstellung, man werde seinen Todfeind umbringen, krümmt dem letzteren noch kein Haar. Daß nicht jede Vorstellung zu einer Tat führt, beweist uns das tägliche Leben. Soll sie für eine nachfolgende Tat kausal werden, so muß ein motorisches Element hinzutreten. Soll das Fortschreiten von einer Vorstellung zu einer wahrnehmbaren Veränderung der Außenwelt des Täters eigenstes Werk sein, so muß das motorische Werk in ihm selbst, der Wille, eingreifen. Vorstellung und Wille zusammen umfaßt der Dolusbegriff.

Wie stellt sich zu diesem das Reichsstrafgesetzbuch? Der Ausdruck dolus ist ein historischer und wissenschaftlicher. Im Strafgesetzbuch kommt er nicht vor, ebensowenig gibt es eine direkte Begriffsdefinition. Die uralte Zweiteilung der Schuld in dolus und culpa findet aber im Strafgesetzbuche eine Parallele in Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei also an Stelle von dolus Vorsatz getreten ist.

Vorsatz ist kein dem Strafrecht eigentümlicher Begriff. Ihm fehlt das dem dolus charakteristische Element des schlechthin Tadelnswerten. Dolus kommt von δόλος, Köder oder Falle, womit man jemanden zu berücken sucht, im übertragenen Sinne List. Man spricht von guten Vorsätzen,

während ein guter dolus ein Unding ist. Die Übersetzung von culpa als Fahrlässigkeit ist glücklicher, weil in dem Ausdruck Fahrlässigkeit das Merkmal eines abfälligen Urteils ohne weiteres enthalten ist. Die Wissenschaft hat sich aber trotzdem mit der Einteilung in Vorsatz und Fahrlässigkeit zufriedengegeben. Die Versuche, eine genauere Scheidung, wie Absichtlichkeit, Wissentlichkeit, Fahrlässigkeit[1]) u. a. vorzunehmen, haben wenig Anklang gefunden, so daß man wohl sagen kann, neben der Fahrlässigkeit wird nur noch eine Schuldart anerkannt, der Vorsatz.

§ 2.

Über die Frage, welches die wesentlichen Züge im Charakterbilde des Vorsatzes sind, gehen die Anschauungen in der Wissenschaft scharf auseinander. Insbesondere wird die Frage, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dazu gehöre oder nicht, ganz verschieden beantwortet. Weil es sich hier um eine Kardinalfrage des Strafrechts handelt, muß jedes Lehrbuch und jeder Kommentar zu ihr Stellung nehmen, desgleichen ist sie Gegenstand einer sehr umfangreichen Spezialliteratur geworden. Bei dem außerordentlichen Reichtum des Materials ist eine etwas summarische Sichtung geboten, die auch um so weniger Schwierigkeiten macht, als zwei Parteien einander gegenüberstehen, deren eine die Frage bejaht, während die andere sie verneint. Das ja und nein fällt meistens etwas variiert aus, und zwar liegt der Grund hierfür in der schwankenden Bestimmung des Begriffs Rechtswidrigkeit. Es muß hierbei einen Augenblick verweilt und zu diesem Begriff grundsätzlich Stellung genommen werden.

---

[1]) So Löffler, Schuldformen des Strafrechts, Leipzig 1895, S. 5; vgl. Kritik Löfflers bei Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901, S. 170/71.

Man hat allerlei Synonyma für rechtswidrig finden wollen, die grade in der Dolusdefinition als sinngemäßer an dessen Stelle treten sollten. M. E. ist aber an dem Ausdruck Bewußtsein der Rechtswidrigkeit festzuhalten. Die hauptsächlichsten dieser Synonyma sind: Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit,[1] Strafwürdigkeit,[2] Staatswidrigkeit,[3] Gesellschaftswidrigkeit,[4] Strafbarkeit[5] und Normwidrigkeit.[6] Die ersten vier sind deshalb abzulehnen, weil sie einen ganz subjektiven und daher unsicheren Maßstab bilden. Aber auch im einzelnen leiden sie an Schwächen. Pflichtwidrigkeit ist ein Moralbegriff, kein Rechtsbegriff. Was im einzelnen Fall für den einzelnen Pflicht ist, läßt sich nicht immer leicht bestimmen. Man denke nur an das Dilemma eines zum Duell geforderten Offizieres. Mit Recht weist Lucas[7] auf einen möglichen Konflikt der Pflichten hin. Bewußtsein der Strafwürdigkeit ist deshalb etwas unbestimmtes, weil die Grenze beständig fließt, noch immer neue Strafbestimmungen aufgestellt werden, man also immer noch mehr strafwürdig findet.[8] Nicht besser steht es mit den Begriffen Staatswidrigkeit und Gesellschaftswidrigkeit. Gerade sie geben einer ganz persönlichen und willkürlichen Auffassung zu viel Raum. Jeder Sozialdemokrat

---

[1] So Merkel, Lehrb. d. Strafr., Stuttgart 1889, S. 67; Hälschner, Das gem. deutsche Strafr., Bonn 1881, S. 295 f.; Heinze, Gerichtssaal XIII S. 397 ff.

[2] So Geßler, Gerichtssaal X S. 217 ff. u. 307 ff.

[3] So Bekker, Theorie d. deutschen Strafrechts, Leipzig 1859, S. 276 ff.

[4] So Meyer, Lehrb. d. deutschen Strafr. 3. Aufl. S. 152.

[5] So Ortmann, Gerichtssaal XXIX S. 241 ff., XXX S. 31 ff.

[6] So Binding, Normen II S. 486 ff.

[7] Lucas, Die subjektive Verschuldung, Berlin 1883, S. 83.

[8] vgl. das Beispiel bei Schäffer, Gehört nach deutschem RStGB. zum Begriff des Vorsatzes das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung? Erlanger Dissert. 1897, S. 13, 14.

sieht in seinem Programm das Heil für den Staat. Im bestgemeinten Interesse Rußlands lassen die Anarchisten ihre Bomben auf Rückschrittler und Volksfeinde fliegen. Oder man denke an einen Anhänger Nietzsches, der auf den Satz schwört, die Menschen müßten sich nicht nur fortpflanzen, sondern hinaufpflanzen, und darum sein verkrüppeltes Kind in der Wiege tötet — zum Wohle der menschlichen Gesellschaft. Ebensowenig läßt sich die Anschauung rechtfertigen, die das Bewußtsein der Strafbarkeit verlangt. Es heißt das nichts anderes als das Wissen, man werde bestraft werden, man verstoße gegen das Strafgesetz. Feuerbachs psychologische Zwangstheorie mußte dieses Bewußtsein naturgemäß voraussetzen, neuerdings wird es namentlich von Ortmann gefordert.[1]) Waren die vorigen Umschreibungen zu weit, so ist diese wiederum zu eng. Man denke an den Ehebrecher, der wohl das Bewußtsein hat, daß seine Tat mit der Rechtsordnung nicht im Einklang steht, dem es aber nicht in den Sinn kommt, daß sie unter Umständen, nämlich auf Antrag, auch bestraft werden könne.[2])

Die Bindingsche Übersetzung von Rechtswidrigkeit als Normwidrigkeit deckt sich im wesentlichen mit der hier vertretenen Auffassung jenes Begriffs. Was versteht aber Binding unter Norm? Zunächst kennt er nur spezielle Normen: Du sollst nicht töten, Körper verletzen usw., nicht etwa: Du sollst deinen Mitmenschen nichts Böses antun. Diese Imperative findet man durch eine Umwandlung des ersten Teils unserer Strafrechtssätze in einem Befehl, nicht zu handeln, wie es daselbst

---

[1]) l. c. Gegen diese Auffassung mit besonderer Schärfe: Kohlrausch, Irrtum u. Schuldbegriff im Strafr. I, Berlin 1903, S. 23 f.

[2]) vgl. über das Verhältnis von Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit Ortloff, Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung, 1891, S. 20.

bezeichnet ist.[1]) Sie sind derjenige Teil des Strafparagraphen, der sich mit einem „du sollst" oder „du sollst nicht" an das Publikum wendet, während der zweite Teil, der die Strafbestimmungen enthält, den Richter verpflichtet, entsprechend einzuschreiten. Kann man Bewußtsein der Normwidrigkeit gleich setzen dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit? Wohl schwerlich; der Fehler liegt eben in der Spezialität der Norm. Bindings Normwidrigkeit ist spezialisierte Rechtswidrigkeit. Es ist aber einerlei, ob sich jemand, der sein Gegenüber ohrfeigt, die Beleidigungs- oder die Körperverletzungs- oder tätliche Angriffs- oder auch nur Hausfriedensbruchsnorm ins Bewußtsein ruft; genug, wenn er sich bewußt ist, er tue einem anderen etwas zuleide, und das sei nicht erlaubt, er verstoße gegen irgend eine Norm. Wenn man dem Bindingschen Grundsatz genau nachgeht, gelangt man zu dem Erfordernis des Bewußtseins der Strafgesetzwidrigkeit, wie das namentlich Klee[2]) und auch Kohlrausch[3]) richtig ausführen. Gegen eine Gleichsetzung von Strafgesetzwidrigkeit und Rechtswidrigkeit muß aber Verwahrung eingelegt werden.

Binding hat indes wohl selbst empfunden, daß seine Definition nicht voll befriedigt, indem er zugibt, daß die Rechtspflicht häufig im Gewande des bloßen Sittengesetzes auftritt,[4]) der Verbrecher sich also diese ganz allgemeine Sittennorm wird vor Augen zu halten haben. Sittengesetz darf man natürlich nicht in dem Sinne der Moderne auffassen als in jedem Menschen individuell verschiedene, lediglich subjektive Norm, sondern streng objektiv als das jeweilige Sittengesetz der menschlichen Gesellschaft, dem sich jedes ihrer ge-

---

[1]) Binding, Normen I S. 31.

[2]) Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz (i. d. strafrechtl. Abhandl. herausgegeben von Bennecke-Beling II Heft 10) § 2.

[3]) l. c. S. 58.

[4]) Normen II S. 56.

sunden Glieder unwillkürlich beugt, das als solches freilich mit den Zeiten sich ändert. Wesentlich übereinstimmend Oetker,[1] desgleichen Rüegg[2]): „Was sittlich erlaubt oder verboten sei, entscheidet sich nicht nach dem subjektiven Befinden des Täters, sondern nach den im allgemeinen hierüber im Volke herrschenden Anschauungen". Danach wäre der Vorsatz ausgeschlossen, wenn der gute Glaube vorliegt, nicht im Widerspruch mit dem, was das öffentliche Gewissen billigt, zu handeln. Mißverständlich ist die Auffassung von Stooß,[3] der den Ausführungen Rüeggs folgenden Sinn unterlegen will: „Der gute Glaube des Täters, weder gegen das Rechtsgesetz, noch gegen das Sittengesetz zu verstoßen, schließt den Vorsatz aus, wenn die Tat auch nach der herrschenden Volksanschauung nicht gegen das Sittengesetz verstößt".

Die Rechtswidrigkeit erschiene danach als ein Urteil vom Standpunkte dieses allgemeinen Sittengesetzes aus. Mit dieser Erweiterung ließe sich die Bindingsche Ansicht allenfalls hören, nur muß nochmals hervorgehoben werden, daß das Wort Sittengesetz in einem recht strengen Sinne verstanden sein will. Es kann daher die Bindingsche Definition auch mit jener Erweiterung nicht recht einleuchten, denn Sittengesetz ist und bleibt immer etwas Verschwommenes. Die Wahrheit dürfte zwischen den beiden Polen Normwidrigkeit und Sittengesetzwidrigkeit zu suchen sein, und da hat Mayer die Mittellinie gefunden in seiner Schrift: Rechtsnormen und Kulturnormen.[4] Nach Mayer kommt dem Individuum das

---

[1]) Oetker, über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, Leipziger Dissertation 1876, S. 45.

[2]) Rüegg, Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins Bd. 35 Heft 3 S. 134, 135.

[3]) Stooß, Schweizerische Zeitschr. für Strafrecht 12. Jahrg. S. 203.

[4]) Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen (in d. Abhandl. von Bennecke-Beling Heft 50) Breslau 1903.

Recht als Fülle der Kulturnormen zum Bewußtsein. Der Ausdruck Kulturnormen wird als Sammelnamen gebraucht für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten.[1] Die Rechtfertigung des Rechts und insonderheit die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt.[2] Rechtswidrigkeit ist demnach Kulturnormwidrigkeit oder, wie Mayer, der diesen Ausdruck nicht gebraucht, es haben will, Pflichtwidrigkeit gegenüber den Anforderungen der Kulturnormen.

An dieser Formulierung besticht zweierlei. Sie zeichnet sich gegenüber der Ansicht, die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Bewußtsein der Strafbarkeit auffaßt, dadurch aus, daß sie an Stelle der mit jener Ansicht notwendig verbundenen Fiktion einer allgemeinen Kenntnis des Strafgesetzes, deren Verfehltheit auf der Hand liegt, die unbedenkliche Fiktion der Kenntnis der Kulturnormen setzt, während sie gegenüber den Versuchen die Rechtswidrigkeit als Pflicht-, Staats- oder Gesellschaftswidrigkeit zu definieren den Vorzug für sich hat, statt mit diesen ins Transzendentale hinüberspielenden Begriffen mit einem realen zu operieren.

Und doch erscheint der Ausdruck Bewußtsein der Rechtswidrigkeit immer noch treffender, als Bewußtsein der Kulturnormwidrigkeit, wenn sich auch die Rechtswidrigkeit dem Handelnden selbst als Gegensatz zu den ihm in Fleisch und Blut übergegangenen Kulturnormen darstellt. Denn es können von den Kulturnormen nur diejenigen in Betracht kommen, die für den Menschen so weit verbindlich sind, daß sie ihn

---

[1] l. c. S. 17.
[2] l. c. S. 16.

zwingen, und daß ihre Beachtung erzwungen werden kann. Das sind aber durchaus nicht alle. Die Kultur verlangt von den Gliedern ihrer Gemeinschaft z. B. auch Höflichkeit, Rücksichtnahme auf andere, eine gewisse bürgerliche Wohlanständigkeit, ohne daß sich doch alle Menschen, wie die Erfahrung lehrt, durch solche Kulturnormen gebunden fühlen. Soweit nun die Kulturnormen allgemein verbindliche Kraft haben, sind sie von der Rechtsordnung in die Formen von Rechtsnormen gegossen. Inhaltlich ist natürlich kein Unterschied, ob man von Kulturnormwidrigkeit oder von Rechtswidrigkeit im Sinne von Auflehnung gegen bindende Kulturnormen, wie sie den Inhalt jeder Rechtsordnung bilden, spricht. Es soll nur dargetan werden, daß kein Grund vorliegt, den Ausdruck Rechtswidrigkeit nicht beizubehalten. Übereinstimmend Köhler[1]: „Der Ausdruck Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für dieses Erfordernis (nämlich das des irgendwie Verbotenseins durch Religion, Ethik, Recht) ist unbedenklich, wenn man sich klar ist, daß das Recht als Quelle des Verbots wenigstens nicht speziell vorgestellt zu sein braucht."

Es soll also hier unter Rechtswidrigkeit nur der Zwiespalt mit der Rechtsordnung im allgemeinen verstanden werden. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit einer Handlung soll das Wissen bedeuten, diese Handlung widerspreche den Anforderungen des objektiven Rechts, bedeute einen Übergriff über die durch die Rechtsnormen dem Menschen gezogenen Schranken, unabhängig von der Erkenntnis, welche rechtlichen Folgen der Übergriff nach sich ziehen wird.

Köhler spricht sich gegen völlige Nichtberücksichtigung der Erkenntnis der Unrechtsfolgen aus. Er sagt[2]: „Die scharfe

---

[1]) Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, München 1904, S. 114.

[2]) l. c. S. 118f.

Zäsur zwischen dem Wissen vom Unrecht und dem Wissen von den Unrechtsfolgen schneidet doch nicht so weit ein, daß nicht unter Umständen auch das Nichtwissen von den Unrechtsfolgen Beachtung verdiente," und sucht an einer Reihe von Beispielen die damit verbundene Härte zu veranschaulichen. Doch ist auch Köhler der Ansicht, daß ein solches Nichtwissen für die Existenz eines schuldhaften Willens belanglos sei und nur auf die Größe der Schuld Einfluß haben könne. Insoweit läßt sich gegen seine Ausführungen nichts einwenden.

§ 3.

Um zu dem Ausgangspunkt zurückzukehren: Die Frage, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz gehört, wird, wenn der Begriff so weit gefaßt ist, wie es hier geschieht, ohne Einschränkung mit ja oder nein, je nach der Stellungnahme, zu beantworten sein. Die Scheidung zieht sich durch die ganze einschlägige Literatur hindurch und trennt sie in zwei feindliche Lager. Als charakteristische Vertreter der entgegenstehenden Meinungen sei von der einen Seite v. Liszt, von der anderen Seite Binding genannt. Ihre Stellungnahme zu der uns interessierenden Spezialfrage wird nur dann klar, wenn man ihre ganze Vorsatztheorie betrachtet. Es mögen daher ihre Dolusdefinitionen folgen.

v. Liszt: „Kriminalvorsatz ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände." [1]) In den früheren Ausgaben hieß es noch kurz: Voraussicht des Erfolges. Diese Ansicht hat Liszt fallen gelassen, vielleicht von der Erwägung ausgehend, daß diese Definition zum mindesten nicht auf die sogen. Formaldelikte paßt.

---

[1]) v. Liszt, Lehrb. des deutschen Strafr. 14. u. 15. Aufl. S. 170.

Binding: „Vorsatz ist das Wollen einer Handlung trotz ihres vorgestellten Widerspruchs zu der Norm, unter die sie fällt.“[1])

Der grundlegende Unterschied springt in die Augen. Hier der Wille, dort die Vorstellung ausschlaggebend. Bei v. Liszt wird alles in Bezug zur bloßen Tat gesetzt, bei Binding die bewußte Auflehnung gegen die Rechtsordnung, das willentliche Schuldigwerden, als dem Vorsatz wesentlich erachtet.

§ 4.

Treten wir beiden Definitionen ein wenig näher.

Nach v. Liszt erschöpft sich das Wesen des Dolus in der Vorstellung der Tatbestandsmerkmale, und zwar der besonderen, die im Gesetz hervorgehoben werden. Im Anfang unserer Betrachtung haben wir Vorstellung und Willen nebeneinander als gleichbedeutende Faktoren bewertet. v. Liszt und seine Anhänger wollen nicht etwa den Willen überhaupt ausschalten, Frank[2]) sagt ausdrücklich, es sei noch keinem Vertreter der Vorstellungstheorie eingefallen, daß er den Begriff des Willens aus dem Strafrecht hätte entfernen wollen. Sie weisen ihm aber ganz untergeordnete Bedeutung zu. Der Wille gilt ihnen nur als eine Erscheinungsform der Vorstellung und wird von dieser umfaßt. Ihre Schuldformel lautet daher nur: Vorstellung, Tat. Vorsätzliches Handeln ist die wissentliche Verwirklichung sämtlicher Verbrechensmerkmale. Der Vorsatz ist auf den äußeren Akt beschränkt, der nach dem Strafgesetzbuch ein Verbrechen oder Vergehen darstellt.

---

[1]) Binding, Normen II S. 403.

[2]) Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft X S. 222.

Diese sogen. Vorstellungstheorie, die übrigens eine große Zahl von Anhängern hat, so Lucas,[1] Löffler,[2] v. Lilienthal,[3] Hagen,[4] Kohler,[5] Wächter,[6] Klee[7] u. a., der auch das Reichsgericht sich in manchen Entscheidungen angeschlossen hat,[8] mußte Liszt konsequenterweise vertreten als Determinist. Da der Determinismus folgerichtig zu einer Verneinung der Willensfreiheit führen muß, können seine Verfechter naturgemäß dem Willen auch keine bedeutendere Rolle beim Dolus zuweisen. Wer den Verbrecher ein Opfer der Verhältnisse, das Verbrechen ein unverschuldetes Unglück nennt, kann in der Vorsatzfrage ohne weiteres nur der Vorstellungstheorie folgen,[9] das bedarf keines Wortes der Erläuterung. Nun erhebt sich aber die Frage: Ist der Determinismus im Strafgesetzbuch anerkannt, steht das Strafgesetzbuch selbst auf dem Boden dieser Anschauung?

Bevor an deren Beantwortung herangetreten wird, ist auf den Begriff des Determinismus in Kürze einzugehen.

---

[1]) l. c. § 4.

[2]) l. c. Einleitung.

[3]) v. Lilienthal, Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht S. 37.

[4]) Hagen, Der Vorsatz und seine Feststellung, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft XIX S. 166.

[5]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht Bd. 1, Mannheim 1890, S. 70.

[6]) Wächter, Zur näheren Bestimmung des Dolusbegriffs, Gerichtssaal XI 16. Jahrg. S. 57.

[7]) l. c.

[8]) Entsch. Bd. 16 S. 363, Bd. 18 S. 167.

[9]) Gegen die Vorstellungstheorie Sturm, Die strafrechtliche Verschuldung, Breslauer Dissertation 1902, Kap. 1; v. Hippel, Die Vorstellungstheorie (Göttinger Festschrift für Regelsberger), der v. Liszt im Grunde doch auf der Willenstheorie stehen läßt. Vgl. S. 411 ff., Leipzig 1901.

§ 5.

Nach der Lehre der Deterministen ist alles notwendig bedingt, folglich sind es auch die Willensentschlüsse des Menschen, und zwar hat jeder menschliche Willensentschluß zu seiner Voraussetzung ein entsprechendes Motiv. Bis zu diesem Punkt kann auch der Indeterminist folgen; es liegt ihm fern, etwa von den Motiven ganz absehen zu wollen; unzweifelhaft liegt auch nach seiner Auffassung jeder Willensbetätigung ein Motiv zugrunde. Es hieße die Gesetzmäßigkeit für das Gebiet der Willensentschlüsse ausschalten, wollte man von unmotivierten Willensentschlüssen reden, und nichts liegt dem Indeterministen ferner als das. Der so oft gegen den Indeterminismus erhobene Vorwurf, er gehe von der Ungesetzmäßigkeit oder gar Ursachlosigkeit[1]) des menschlichen Handelns aus, ist völlig unbegründet. Wenn daher Rée als Leitmotiv des Determinismus den Grundsatz ausspricht „der Wille ist nicht frei vom Kausalgesetz",[2]) so trifft er damit keineswegs den springenden Punkt in dem Unterschied der beiden Anschauungen.

Man muß einen Schritt weiter gehen, um an die Grenzscheide zu kommen. Der grundlegende Unterschied tritt erst hervor bei der Frage: wie wirken die Motive. Wenn z. B. ein bestimmter Mensch vor die Entscheidung gestellt ist, eine Tat zu tun oder zu unterlassen, und zwei Motive oder Motivgruppen auf ihn einwirken, die eine für, die andere gegen die Ausführung der Tat, wie wird er sich dann verhalten?

Nach deterministischer Anschauung wird er nicht nur, sondern muß er dem stärkeren Motiv bezw. der stärkeren

---

[1]) So Merkel l. c. § 28; Löffler l. c. S. 2.

[2]) Rée, Die Illusion der Willensfreiheit, Berlin 1885, S. 1.

Motivgruppe folgen, mit andern Worten, die Motive wirken mechanisch, der Mensch ist nur Medium. Nach indeterministischer Anschauung behält der Mensch die Macht, selbständig zu den Motiven Stellung zu nehmen, es liegt bei ihm die Entscheidung, wie er die Motive auf sich wirken lassen will.

Im ersteren Falle ist es mit der Willensfreiheit aus, die Motive schalten und walten, man kann sagen als das Fatum des Menschen, alles Tun und Lassen ist durch sie determiniert. Im letzteren Falle wird eine höhere unabhängige Instanz im Menschen anerkannt, vor deren Forum sich die Motive zu verantworten haben, der freie Wille.

§ 6.

Welche der beiden Weltanschauungen vor dem Richterstuhle der Logik und der Vernunft besser Stand hält, darüber zu entscheiden, ist Sache des Philosophen. Unsere Frage lautet: Welche hat sich das deutsche Strafgesetzbuch zu eigen gemacht?

Weil das Gesetzbuch sich nirgends direkt über seine Stellungnahme ausgesprochen hat, ist es Sache der Auslegung, zu ergründen, ob es sie irgendwo durch den Sinn seiner Bestimmungen oder durch seine Ausdrucksweise verrät.

Da fällt zunächst § 51 auf, wo der markante Ausdruck „freie Willensbestimmung“ vorkommt. Es heißt dort: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.“ Was ist hier unter freier Willensbestimmung zu verstehen? Man sollte annehmen, daß von einer freien Willensbestimmung nur der Indeterminist sprechen dürfte, nicht aber der Determinist, der die Willensfreiheit

leugnet. Freie Willensbestimmung und Willensunfreiheit scheinen doch offenbare Gegensätze zu sein. Auch der völlig Gesunde bestimmt ja nach deterministischer Ansicht seinen Willen nicht frei. Warum sollte also eine Eigenschaft als charakteristisches Unterscheidungsmerkmal des Gesunden gegenüber dem Bewußtlosen und Geisteskranken hervorgehoben sein, die doch beiden fehlt? Die Deterministen haben sich diesen naheliegenden Einwendungen gegenüber bemüht, dem Begriff der freien Willensbestimmung eine Deutung zu geben, die in ihr System paßt. Ein typisches Beispiel bietet v. Liszt. Er sieht das Wesen der freien Willensbestimmung entsprechend seiner Definition der Zurechnungsfähigkeit als normaler Determinierbarkeit [1]) in der normalen Bestimmbarkeit durch Vorstellungen.[2])

Die Formel freie Willensbestimmung = normale Bestimmbarkeit durch Vorstellungen entspricht zunächst nicht dem Sprachgebrauch. Selbst wenn man Willensbestimmung nicht als Selbstbestimmung des Willens, sondern als Bestimmtwerden des Willens — nämlich durch Motive — auffaßt, also an die Stelle einer aktiven Fähigkeit ein passives Reaktionsvermögen setzt, was der Determinist notwendigerweise tun muß, dann bleibt immer noch die Divergenz zwischen frei und normal. Warum schrieb das Gesetz freie Willensbestimmung und nicht normale, wo doch beide Ausdrücke im Sprachgebrauch ganz verschiedene Bedeutungen haben? Man mag sich den Lisztschen Gedanken zurechtlegen, wie man will, er befriedigt niemals, schon wegen der Farblosigkeit des Begriffs normal.

Normale Bestimmbarkeit läßt sich in zwiefacher Weise verstehen, entweder objektiv, d. h. als die Fähigkeit, sich so

---

[1]) l. c. S. 163.
[2]) l. c. S. 168.

bestimmen zu lassen, wie es ein normaler Mensch tut, oder subjektiv, als die Fähigkeit, sich so bestimmen zu lassen, wie es für den betreffenden Menschen im besonderen Falle normal ist. Letzteres, die subjektive Normalität, ist unverwendbar, denn dann würde § 51 das Gegenteil von dem erreichen, was er erreichen will, da für den Geisteskranken eben das Verrückte subjektiv normal ist. Der Geisteskranke, der sich in einem Tobsuchtsanfall auf seinen Wärter stürzt, müßte dann unter Umständen für zurechnungsfähig und straffällig erklärt, wenn er sich dagegen wie ein vernünftiger Mensch benimmt, der Unzurechnungsfähigkeit geziehen werden.

Faßt man aber normal im objektiven Sinne auf, dann steht man vor der Frage, was ist objektiv normal? Soll etwa der „abstrakte Mustermann" den Maßstab hergeben? Es wäre zu befürchten, daß dann bei $^3/_4$ der Menschheit nicht normale Bestimmbarkeit durch Vorstellungen zutage treten würde. Der sittlich Schwache, der moralisch Verkommene, jeder nach irgend einer Richtung hin leidenschaftlich veranlagte oder empfindliche Mensch wird eben in dieser Richtung schon nicht mehr objektiv normal bestimmt. Ich weiß nicht, ob v. Liszt auch allen diesen Individuen die freie Willensbestimmung absprechen will.

Aber selbst abgesehen von der Schwierigkeit der Begriffsbestimmung kommt man mit der objektiv normalen Bestimmbarkeit nicht weit. Wenn nun, um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, auch der normale Mensch sich auf den Wärter gestürzt hätte, vielleicht weil dieser roh mit ihm umgegangen ist — selbst dem abstrakten Mustermann kann die Geduld reißen —, sollte dann der Geisteskranke zurechnungsfähig und für sein Tun verantwortlich sein? Soll die reine Zufälligkeit, daß das Verhalten des Geisteskranken so war, wie das des normalen Menschen in gleicher Lage, daß er sich objektiv normal von den Motiven hat bestimmen lassen,

darüber entscheiden, ob man ihn strafen darf oder nicht, ohne Rücksicht auf den Grad der Geisteskrankheit?

Es wäre eine Beleidigung des Gesetzgebers, wollte man ein solches Ergebnis aus § 51 herleiten.

Nun könnte man zwar einwenden, es käme nicht darauf an, daß der Geisteskranke gerade zufällig das eine Mal, nämlich bei der in Frage kommenden strafbaren Handlung, normal bestimmt worden ist, sondern darauf, daß er sich in einem Zustand befunden hat, der seine normale Determinierbarkeit überhaupt, nicht nur in Beziehung auf die eine strafwürdige Tat, ausschloß. Würde aber in einem Fall, wie dem oben angeführten, nicht in concreto der Beweis erbracht sein, daß auch der Geisteskranke normal bestimmt werden kann, daß wenigstens die Möglichkeit dazu vorhanden ist, also jedenfalls von einem Ausgeschlossensein normaler Determinierbarkeit nicht die Rede sein kann?

Sobald man die freie Willensbestimmung als objektiv normale Bestimmbarkeit durch Vorstellungen erklären will, sucht man das Kriterium für die Zurechnungsfähigkeit des Geisteskranken nicht in diesem selbst, sondern außerhalb desselben. Hinter die Frage, wie würde sich der normale Mensch in gleicher Lage benommen haben, tritt die Hauptfrage, nach dem Verhältnis des Geisteskranken selbst zu seiner Tat, zurück.

Wenn man aber die freie Willensbestimmung auch anderen abspricht, allen nicht objektiv normal Determinierten, ihr Fehlen nicht nur als Folge von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit auffaßt, sondern auch als Folge von Erregtheit, sittlicher Schwäche usw. gelten lassen will, dann muß man aus § 51 den Schluß ziehen, daß der Mangel der freien Willensbestimmung unter Umständen — z. B. wenn er sich aus leidenschaftlicher Erregung ergeben hat — für die Frage der Zurechnungsfähigkeit

gleichgültig sein muß, da er nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes doch nur dann erheblich ist, wenn er auf Bewußtlosigkeit oder krankhafte Störung der Geistestätigkeit zurückgeführt werden kann, mit anderen Worten, daß das Wesentliche nicht der Mangel der freien Willensbestimmung, sondern die Art seiner Entstehung ist. Das Schwergewicht würde also ganz im Gegensatz zum Gesetzestext von der Hauptsache auf die Nebensache, von der Wirkung auf die Ursache verlegt sein!

Das Gesetz verspricht aber der Bewußtlosigkeit oder Geisteskrankheit an sich keine Berücksichtigung, sondern nur dann, wenn sie zur Aufhebung der freien Willensbestimmung führen. Das Vorhandensein oder der Mangel der freien Willensbestimmung ist demnach für das Gesetz bei der Scheidung der Zurechnungsfähigkeit von der Unzurechnungsfähigkeit gerade das Ausschlaggebende. Nicht Bewußtlosigkeit oder Geisteskrankheit, sondern der Mangel der freien Willensbestimmung hebt die Zurechnungsfähigkeit auf.

Da nun das Gesetzbuch von der Aufhebung der freien Willensbestimmung, der es solch fundamentale Bedeutung beimißt, nur als einer Folge von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit spricht, so ist der Rückschluß gestattet, daß es eine andere Art ihrer Aufhebung — etwa durch leidenschaftliche Erregung — nicht kennt.

Hieraus folgt weiter, daß jeder Versuch, den Begriff der freien Willensbestimmung so zu definieren, daß dieselbe als Eigenschaft oder Fähigkeit erscheint, die auch dem nicht Bewußtlosen oder nicht Geisteskranken fehlen kann, dem Gesetz widerstreben muß.

Eine Definition, die diese Klippe vermeidet, ist der Determinismus aber nicht in der Lage zu geben, denn der Begriff, mit dem § 51 operiert, ist seinem Wesen nach ein indeterministischer.

Der Determinismus kann zwar die Begriffe Bewußtlosigkeit und Geisteskrankheit, nicht aber jenen Punkt bestimmen, zu dem diese Störungen der Gehirnfunktionen, aber auch nur diese, führen, wo die Zurechnungsfähigkeit aufhört, denn es ist ihm bis jetzt nicht gelungen, eine Formel hierfür zu finden, die nicht entweder den Geisteskranken mit umfaßte oder auch den sittlich Schwachen ausschlösse.

Die Definitionen des Zurechnungsfähigkeitsbegriffs, welche die beiden Hauptwortführer des Determinismus, Merkel und v. Liszt, gegeben haben, sind klassische Belege hierfür. Gegen Merkel, der die Zurechnungsfähigkeit als die Macht, wirksam zu werden nach eigenem Maß, erklären will,[1]) hat schon v. Liszt mit Recht eingewendet, daß dann der sich stets treu bleibende Idiot das Muster des Zurechnungsfähigen wäre.[2])

Die Lisztsche Fassung: Zurechnungsfähigkeit ist normale Determinierbarkeit, würde dazu führen, auch den moralisch Verworfenen oder sittlich Schwachen für unzurechnungsfähig zu erklären.

v. Rohland[3]) ist in § 2 seiner Schrift „Die Willensfreiheit und ihre Gegner“ nach eingehender Besprechung der von philosophischer wie juristischer Seite ausgehenden Versuche, eine Freiheitslehre auf deterministischer Grundlage zu konstruieren, zu dem Ergebnis gekommen, daß die deterministische Freiheitslehre nicht die Grenze zwischen Freiheit und Unfreiheit zu ziehen vermag, da sie entweder dem Geisteskranken die Freiheit zuerkennen oder dem sittlich Schwachen sie versagen muß.[4])

---

[1]) Merkel l. c. § 28, ferner: Gesammelte Abhandlungen, Straßburg 1899 II S. 448.

[2]) v. Liszt l. c. S. 163 Anm. 1.

[3]) v. Rohland Die Willensfreiheit und ihre Gegner, Leipzig 1905, S. 41 ff.

[4]) l. c. S. 55.

Genau dasselbe gilt — nicht für die Frage der Zurechnung und Verantwortung, die ja von deterministischer Seite von dem Freiheitsproblem ganz losgelöst wird — wohl aber für die Frage nach der Abgrenzung derjenigen Qualifikation, die nach § 51 die Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit bilden soll, da ihr Mangel unbedingt die Zurechnungsfähigkeit ausschließt, denn bei v. Rohland ist die Freiheit unter dem Gesichtspunkt der Grundlage der Zurechnungsfähigkeit behandelt, und die verschiedenen von ihm angeführten Freiheitsdefinitionen sind gerade in Beziehung zur Frage der Zurechnungsfähigkeit gegeben, namentlich, soweit sie von juristischer Seite herrühren. Wenn hier allgemein von einer Qualifikation, die das Wesen der Zurechnungsfähigkeit ausmacht, bei Rohland aber direkt von Freiheit gesprochen wird, so ist das nur ein zwiefacher Ausdruck für den gleichen Begriff.

Daß die Abgrenzung dieses Begriffs solchermaßen, daß einerseits der Geisteskranke ausgeschlossen ist, andererseits aber der sittlich Schwache nicht entschlüpft, dem Determinismus nicht gelingen kann, liegt in der Natur der Sache, weil der Determinismus grundsätzlich von der selbständigen Mitwirkung des Menschen bei seinen Willensentschlüssen absieht; — auch wer dem Menschen die Wahlfreiheit den Motiven gegenüber einräumt, steht bereits faktisch im indeterministischen Lager. Da also auf die Mitwirkung verzichtet wird, bleibt kein anderer Weg, als nach der Wirkung der Motive zu unterscheiden. Sucht man nun hierbei den Maßstab im Täter selbst, sagt man also, die Wirkung der Motive müsse ihm, dem Täter, gemäß sein, dann ist auch der Geisteskranke zurechnungsfähig und muß unter Umständen ins Gefängnis wandern; legt man dagegen den objektiven Maßstab an und sagt, die Motive müssen wie beim Gesunden, Normal-, Muster- oder Durchschnittsmenschen wirken, dann hat der ab-

gestumpfte Gewohnheitsverbrecher gute Tage. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht.

Da nun § 51 gerade den Bewußtlosen und den Geisteskranken, aber auch nur diese schützen will, ihm nichts ferner liegt, als den moralisch Verkommenen der Strafe zu entziehen, so folgt daraus, daß das Gesetzbuch nur von einer Auffassung des Begriffs der freien Willensbestimmung ausgehen kann, die mit der Absicht des § 51 im Einklang steht. Da die deterministische Auffassung die offenbare, auch von deterministischer Seite niemals bestrittene, weil unmittelbar aus dem Wortlaut sich ergebende Absicht des § 51 durchkreuzen würde, kann sie nicht die des Gesetzbuchs sein, es bleibt daher nur die Möglichkeit offen, daß das Gesetzbuch den Begriff der freien Willensbestimmung im indeterministischen Sinne gebraucht.

Rechnet man nun noch hinzu, daß erstens der Ausdruck freie Willensbestimmung nach dem natürlichen Sprachgebrauch für eine indeterministische Auffassung spricht, berücksichtigt man aber vor allem den Umstand, daß das Strafgesetzbuch zu einer Zeit entstanden ist, wo die Strafrechtspflege und mit verschwindenden, vor allem noch einflußlosen, Ausnahmen auch die Strafrechtswissenschaft ganz unter dem Zeichen des Indeterminismus stand, daß also damals der Begriff jedenfalls als ein indeterministischer Aufnahme im Gesetz gefunden hat, so ist der Rückschluß gestattet, daß das Gesetzbuch gerade dadurch, daß es den prägnanten Ausdruck „freie Willensbestimmung“ gewählt hat, seinen eigenen indeterministischen Standpunkt zu erkennen gibt.

So wäre denn die Frage nach der grundsätzlichen Stellung des Strafgesetzbuches zugunsten des Indeterminismus entschieden. Dem gegenüber tritt die rein theoretische Frage, ob dem Determinismus oder dem Indeterminismus an sich die Palme zuzuerkennen ist, zurück. Beweisen läßt sich eine

Weltanschauung überhaupt nicht, sie wäre ja auch sonst keine Anschauung, sondern eine Erkenntnis, sie bleibt daher im letzten Grunde immer Ansichtssache.

Wenn ich persönlich aus Überzeugung für den Indeterminismus eintrete, so geschieht das vornehmlich aus einem Gesichtspunkte heraus, der für gewöhnlich nur nebensächliche Beachtung findet, m. E. aber besondere Berücksichtigung verdient. M. E. würde nämlich die Weltanschauung des Determinismus, wenn sie aus dem Rahmen wissenschaftlicher Betrachtung heraustreten und, auf einem so tief ins Volksleben eingreifenden Gebiet wie der Strafrechtspflege erst einmal autoritativ anerkannt, in den weitesten Kreisen der Bevölkerung Wurzel schlagen würde, sehr bedenkliche Wirkungen haben. Die Worte Birkmeyers: „allerdings kann der Gesetzgeber nicht immer streng logisch und wissenschaftlich vorgehen. Es verlangen bisweilen praktische Rücksichten gebieterisch von ihm, daß er von der streng logischen Konsequenz seiner wissenschaftlichen Ausgangspunkte abweiche. Damit tritt die Politik in ihre Rechte“[1]) verdienen vollsten Beifall. Es wäre daher keineswegs widersinnig, wenn ein Gesetzgeber den Determinismus für die einzige wissenschaftlich zu rechtfertigende Weltanschauung halten und trotzdem aus praktisch-politischen Gründen das Strafgesetz auf indeterministischer Grundlage aufbauen würde, denn was theoretisch richtig und gut erscheint, kann praktisch oft geradezu schädlich wirken, und ebenso umgekehrt. Man kann sehr wohl das Dreiklassenwahlgesetz ein ungerechtes nennen, braucht aber deshalb noch nach keinem anderen zu rufen; auch der unreligiöseste König wird sich hüten, für die Religionslosigkeit Propaganda zu machen, er wäre ein Tor, wenn er das täte.

---

[1]) Birkmeyer, Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? München 1907, S. 42.

Nun vergegenwärtige man sich einmal, was praktisch dabei herauskäme, wenn der Determinismus zur landläufigen Weltanschauung würde. Schon die unglückliche Parallele zwischen Determinismus und Fatalismus gibt zu denken. Beides sind grundverschiedene Begriffe und sollen unter keinen Umständen verwechselt werden, aber praktisch laufen sie auf dasselbe hinaus. Es ist gleichgültig, ob das Fatum als höhere Bestimmung über einem schwebt, oder ob man es in Gestalt des Unvermögens, über sein Tun und Lassen selbst zu bestimmen, in sich trägt. Und was für Folgen diese Weltanschauung gezeitigt hat, können wir heute noch an der in Fatalismus versunkenen Welt des Islam sehen, die man mit Recht den größten Kulturhemmschuh auf Erden nennt. Ihr Hauptcharakterzug ist ein Absterben jeder Initiative, eine trostlose Letargie. Und das ist kein Wunder. Nichts lähmt die Tatkraft so sehr, als die Überzeugung, alles geht seinen mit Notwendigkeit vorgezeichneten Weg, du kannst im letzten Grunde doch nichts dazu tun. Umgekehrt, nichts regt die Tatkraft mehr an, als das Gefühl, in deiner Brust sind deines Schicksals Sterne. Es hat wohl etwas Tröstliches für den Verbrecher, wenn er sich sagen kann, „ich bin nur ein bedauernswertes Opfer der Verhältnisse, denn ich war ja gar nicht Herr meiner Taten, nicht einmal meiner Entschließungen“. Es kann keine bessere Selbstentschuldigung geben; ob dieser Gedankengang aber zur Besserung anspornen wird, ist zu bezweifeln. Ein Schüler, dem der Lehrer ankündigt, daß er sitzen bleiben werde, wenn er sich nicht noch gehörig zusammennimmt, und der sich nun sagt: Ob ich faul bleibe, oder fleißig werde, kostet mich einen Entschluß; wie dieser Entschluß auch ausfällt, ich weiß jetzt schon, daß er nur so und nicht anders ausfallen kann, als er eben ausfallen wird, — nun, ich fürchte, dieser Schüler wird eher dazu neigen, die bequeme Rolle eines Opfers der Verhältnisse

vorzuziehen und faul zu bleiben, als wenn er von der Überzeugung getragen wird, daß es ganz allein von seiner Willensenergie abhängt, wie die Entscheidung über sein künftiges Verhalten ausfällt. Von einem Verbrecher Zerknirschtheit oder gar Reue zu verlangen, wäre seitens eines Deterministen geradezu naiv, solche Gefühle würde man als altmodisch bezeichnen müssen.

Eigentlich stellt der Determinismus unser ganzes Empfinden auf den Kopf, denn wenn man vom Verbrecher sagt, er mußte, er konnte nicht anders, so wird man an jeden anderen Menschen denselben Maßstab legen müssen, auch an die, zu denen wir mit Verehrung aufzublicken gewohnt sind. Nun dann steigt herab von euren Postamenten, ihr Märtyrer und Heroen, ihr Könige und Weisen; ihr konntet ja nicht anders! Können wir sie persönlich noch bewundern? Gewiß nicht, höchstens als Gefäße liebenswürdiger Gewalten. Vorbilder können sie nicht sein, denn sie wollten ja nicht etwa das werden, als das wir sie preisen, sondern sie mußten, weil in ihnen zufällig die guten Motive überwogen.

Rée bekennt ganz offen, daß der Determinist von einer Zurechnung zum Verdienst absehen müsse und große Männer nur mit seiner Sympathie beehren könne.[1])

Den Versuch Merkels auch für den Deterministen die Möglichkeit der ehrfurchtsvollen Bewunderung menschlicher Großtaten zu retten, indem er sie nach Analogie der ästhetischen Bewunderung, die man einem Kunstwerk entgegenbringt, konstruiert,[2]) hat v. Rohland durch den Hinweis darauf ad absurdum geführt, daß die moralischen Werturteile nicht rein objektiven Charakter tragen, wie die ästhetischen. „Die moralischen Achtungsgefühle sind“, so führt er aus,[3]) „unzer-

[1]) l. c. S. 30, 31.
[2]) l. c. S. 72 f.
[3]) l. c. S. 61 f.

trennlich von dem Motiv der Handlung als Ausfluß der Persönlichkeit, und mithin von dieser selbst, während bei der Beurteilung von Kunstwerken dieser Gesichtspunkt ganz wegfällt. Der Samariter z. B., der aus Eitelkeit handelte, fände gewiß nicht unsere moralische Billigung, objektiv betrachtet bleibt dagegen das Verhalten das gleiche. Die geleistete Hilfe ist objektiv ebenso wertvoll, wie wenn sie aus Mitleid geschähe, denn hier wie dort bewirkt sie das nämliche, die Rettung des Verschmachtenden. Aber die sittliche Wertschätzung ändert sich; im Hinblick auf das Motiv, das ihr zugrunde liegt, erscheint sie sittlich als wertlos. Die Beurteilung von Kunstwerken hingegen ist völlig unabhängig von dem Motiv, aus welchem dasselbe hervorgeht. Ob ideales Streben oder schnöde Erwerbsucht dem Künstler die Hand führten, ist ohne Einfluß auf die ästhetische Wertschätzung. Diese ist daher auch unabhängig von der sitttlichen Beschaffenheit des Künstlers."

Der Determinismus würde grade das Wesentliche, das menschlich Vorbildliche ausschalten. Er würde zur inneren Gleichgültigkeit, zur Entidealisierung führen, also jedenfalls in einer nicht dankenswerten Richtung wirksam sein, der man sich hüten sollte, seine Unterstützung zu leihen.

Man wird vielleicht dieser Erwägung — was kommt praktisch beim Determinismus heraus — den Vorwurf entgegenhalten, sie sei alles andere, nur nicht wissenschaftlich. Aber bei einer so zweifelhaften Frage, wie der der Willensfreiheit, die doch wohl nie eine endgültige Entscheidung finden wird, da man ihr mit dem Rüstzeug abstrakter Logik allein überhaupt nicht beikommen kann, sondern immer mehr oder weniger zur Spekulation greifen muß, ist jedes Argument zu würdigen, welches geeignet ist, zugunsten der eigenen Anschauung in die Wagschale zu fallen.

§ 7.

Zeigt sich aber das notwendigste Fundament der Vorstellungstheorie, eben der Determinismus, als anfechtbar, so schwebt auch der Oberbau mehr oder weniger in der Luft. Erkennt man den Willen als einen selbständigen Motor im Menschen an, was der natürlichen landläufigen Weltanschauung entspricht, von der Schule gelehrt, von der Kirche gepredigt, von der Philosophie zum sehr erheblichen Teile aufrechterhalten wird und vom, ich möchte sagen praktisch-politischen, Standpunkte aus unterstützt zu werden verdient, vor allem aber im Gesetzestext des Reichsstrafgesetzbuches nicht nur keine Hindernisse, sondern, wie hier behauptet wird, sogar ausdrückliche Bestätigung findet, dann zeigt sich die Schuld- und damit die Doluslehre in einem ganz anderen Licht. Der Wille erscheint dann grundsätzlich als der Ausgangspunkt des Unrechts, die widerrechtliche Handlung als Bekundung widerrechtlichen Willens.

Wir stehen damit vor der Willenstheorie, als deren Hauptvertreter Olshausen,[1] Oetker,[2] Meyer,[3] Binding,[4] Bünger,[5] Buri,[6] Beling,[7] Horn[8] und Birkmeyer,[9] wohl auch Mayer[10]) zu nennen sind.

---

[1]) Olshausen, Komm. zum StGB. § 59 Anm. 16.

[2]) Oetker l. c.

[3]) Meyer l. c. S. 156.

[4]) Binding l. c. S. 1 f.

[5]) Bünger, über Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung, Zeitschr. f. d. ges. Strafr.-Wissensch. Bd. 6 Heft 1 Kap. 3.

[6]) Buri, Beitr. zur Theorie des Strafrechts und zum StGB., Leipzig 1896, S. 349.

[7]) Beling, Grundzüge des Strafrechts, Jena 1899, S. 36.

[8]) Horn, Die empirische Natur des Willens und Erörterungen strafrechtlicher Grenzbegriffe vom Standpunkt Wundtscher Psychologie, Gerichtssaal Bd. 51 Kap. 5.

[9]) Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1901, S. 1051.

[10]) Mayer l. c. S. 36, 37.

Die Willenstheorie erweitert den Willensbegriff insoweit, als sie nicht nur einen Tatwillen, sondern auch einen Erfolgswillen gelten läßt.[1]) Auf den Vorsatz angewendet, führt sie zu folgendem Ergebnis: Der Wille hat neben die Vorstellung zu treten, das Bewußtsein des Täters von der Qualität seiner Handlung, von gut und böse, der ethische Charakter der Tat rückt in den Vordergrund. Wir haben uns hiermit der Lehre Bindings genähert, den wir anfangs im Gegensatz zu v. Liszt als typischen Vertreter der Willenstheorie genannt haben. Bindings Vorsatzdefinition ist bereits erwähnt worden: Kriminalvorsatz ist das Wollen einer Handlung trotz ihres vorgestellten Widerspruchs zu der Norm, unter die sie fällt.

Hier haben wir also einmal die Vorstellung, und dann den Willen, und zwar den Willen als Hauptelement. Die Definition wäre so weit ganz einleuchtend; doch würde wegen der oben gegen die Bindingsche Normwidrigkeit vorgebrachten Bedenken als Dolusdefinition besser vorzuschlagen sein: Kriminalvorsatz ist der Wille, eine Handlung vorzunehmen trotz Kenntnis der wesentlichen Merkmale, die sie zu einem Verbrechen oder Vergehen stempeln, also vor allem der Rechtswidrigkeit.

§ 8.

Wer auf dem Boden der Willensschuld im indeterministischen Sinne steht, muß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als wesentliches Merkmal des dolus fordern, denn

---

[1]) vgl. Buri l. c. S. 344, Polemik gegen Frank; dagegen Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900, S. 139, der überhaupt keine Scheidung der Theorien anerkennen will und der Ansicht ist, daß eine ohne die andere nicht auskommen könne, daß vor allem die Vorstellungstheorie trotz prinzipieller Ausscheidung der Willensmomente immer wieder zu ihnen ihre Zuflucht nehmen müsse.

dem Deterministen erscheint ein Rechtsbruch natürlich nur dann als ein vorsätzlicher, gewollter, wenn der Rechtsbrecher erkannt hat, daß er sich mit seiner Tat gegen die Rechtsordnung vergeht, daß er also rechtswidrig handelt.

Da die Frage, ob das Strafgesetzbuch auf dem Boden des Determinismus oder des Indeterminismus steht, zugunsten des letzteren entschieden worden ist, so ist der Rückschluß gestattet, daß auch das Strafgesetzbuch a priori das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als wesentliches Merkmal des dolus ansieht.

Man könnte sich damit zufrieden geben und die Frage unseres Themas für erledigt halten. Es wird jedoch erklärlich erscheinen, wenn man alles versuchen will, um für das hinsichtlich der Stellung des Strafgesetzbuchs zum Dolusbegriff zunächst nur dem Prinzip nach durch Schlußfolgerung abgeleitete Resultat auch im Gesetzestext Garantien zu finden. Es soll daher im folgenden der Gesetzestext daraufhin untersucht werden, ob er für oder gegen dieses Resultat spricht. Allerdings befindet sich der Indeterminist in der günstigen Lage, die Vermutung für sich zu haben, daß das grundsätzlich indeterministische Gesetzbuch auch seine, diesem Standpunkt entsprechende, Dolusauffassung teilen wird. Er kann sich daher gegenüber den Versuchen, dem Gesetzbuch eine andere Dolusauffassung beizulegen, im wesentlichen auf die Defensive beschränken.

Der Gesetzestext ist nicht gerade klar zu nennen. Eine Definition für dolus gibt es überhaupt nicht, da es ebensowenig eine für Fahrlässigkeit gibt, läßt sich auch auf negativem Wege nichts gewinnen. Was das Strafgesetzbuch unter Vorsatz verstanden haben will, ist schon wegen der unbestimmten Terminologie schwer zu erkennen.

Der Ausdruck Vorsatz kehrt im Strafgesetzbuch häufig wieder. Er ist durch das Wörtchen „vorsätzlich“ hervorgehoben

in den §§ 89, 90, 92, 108, 120, 121, 133, 136, 137, 141, 142, 162, 167, 169, 207, 211, 212, 214, 217, 218, 220, 221, 223, 229, 239, 271, 299, 303, 305, 306, 308, 312, 313, 315, 317, 321, 322, 323, 324, 329, 336, 340, 341, 344, 345, 347, 348, 353, 353a, 357. Die §§ 82, 139 sprechen von „Vorhaben".

Ferner gebraucht das Strafgesetzbuch den Ausdruck Absicht. Es sagt entweder „in der Absicht", so in den §§ 124, 143, 146, 335, 242, 243, 7, 249, 250, 4, 263, 265, 266, 267, 268, 272, 273, 274, 289, 307, 346, 349, oder „absichtlich", so in den §§ 48, 120; oder es spricht von Zweck, „zu dem Zweck" in den §§ 129, 147, 151, 177, 191, 235, 267, 270, 273, „um zu" in den §§ 87, 146, 229, 234, 236, 237, 252, 257, 298, 307, 333, 334, 343.

Absicht pflegt man, im Gegensatz zu Vorsatz als dem Tatwillen, als Erfolgswille zu bezeichnen. Binding setzt Absicht im allgemeinen gleich Vorsatz,[1]) berichtigt sich aber später.[2]) Einer Gleichstellung beider Begriffe kann nicht beigetreten werden, obwohl sie im Strafgesetzbuch zuweilen im gleichen Sinne gebraucht sind.[3]) So z. B. in § 43. Aber eben da liegt der Grund auf der Hand. Es heißt dort: „Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben . . . . betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu strafen." Hier hätte vorsätzlich als Partizip präsentis keinen Sinn gehabt. Das vorgesetzte Verbrechen wäre ein etwas wunderliches Deutsch, und so schrieb man, um einen langatmigen Relativsatz zu vermeiden, kurz beabsichtigt.

---

[1]) Binding, Normen I § 19.

[2]) Binding, Normen II S. 462 Anm. 670.

[3]) Über das Verhältnis von Absicht und Vorsatz vgl. Lucas l. c. § 9; Ortloff l. c. S. 414.

Ferner ist überall da, wo absichtlich mit einer Handlung zusammengestellt ist, der Ausdruck gleichbedeutend mit vorsätzlich. Eine Handlung kann genau genommen nicht beabsichtigt, sondern nur vorsätzlich sein. Das Reichsgericht spricht ebenfalls von einer stellenweisen Gleichstellung und sagt wörtlich: „An anderen Stellen ist die Absicht gleichbedeutend mit Vorsatz, absichtlich gleichbedeutend mit vorsätzlich gebraucht." [1]) Einen Hinweis auf diese Stellen gibt das Reichsgericht allerdings nicht. Ebenso in einer anderen Entscheidung [2]): „Absicht ist hier, wie vielfach im Strafgesetzbuch, in der Bedeutung von Vorsatz gebraucht."

Soweit im Gesetzbuch vorsätzlich nicht gleichbedeutend mit absichtlich gebraucht ist, bedeutet Absicht den Willen, der auf Erreichung eines bestimmten Zweckes gerichtet ist, während Vorsatz der auf eine rechtswidrige Tätigkeit oder einen bestimmten nächsten Erfolg gerichtete Wille ist. In diesem eigentlichen Sinne ist die Absicht für den Tatbestand ebenso unwesentlich, wie das Motiv zur Handlung, während der Vorsatz immer wesentlich ist.

An anderen Stellen spricht das Strafgesetzbuch von wissentlich. Birkmeyer findet diesen Ausdruck irreführend, weil das Willensmoment darin nicht hervortrete.[3]) Diese Ansicht kann nicht geteilt werden, vielmehr ist Binding zuzustimmen, wenn er sagt, daß die Wissenschaft dem Wissenden die bona fides unmöglich macht.[4])

Am klarsten drückt sich Lucas aus [5]): „Wissentlich ist gebraucht, um das Wesen des Vorsatzes prägnant hervorzu-

---

[1]) Entsch. Bd 1 S. 172.

[2]) Bd. 2 S. 376.

[3]) Birkmeyer, Enzyklopädie S. 1055.

[4]) vgl. Bindings wenig praktische Dreiteilung der Wissentlichkeit in Normen II § 74.

[5]) l. c. S. 22.

heben. Denn es ist auf solche Straftaten angewendet, bei denen die Vorsätzlichkeit der äußeren Tat selbstverständlich ist, das Wesentliche des dolus auf dem Gebiete des Wissens liegt.“ Man denke z. B. an wissentlich falsches Schwören.

Der Ausdruck wissentlich findet sich in den §§ 48, 49, 144, 153, 154, 156, 159, 257, 273, 275, 276, 324, 327, 328, 354, 355, 357, 363, 364. Analoge Ausdrücke wie „wissend“ in den §§ 131, 171, 270, 338, „von denen er weiß“ in den §§ 92, 127, 259, 302, 345, 352, 353, „von denen ihm bekannt ist“ in den §§ 324, 344, „wider besseres Wissen“ in den §§ 164, 187, 189, 278.

Um das Kaleidoskop noch etwas bunter zu gestalten, heißt es bisweilen vorsätzlich und widerrechtlich, vorsätzlich und rechtswidrig, vorsätzlich ohne hierzu berechtigt zu sein, unbefugt, vorsätzlich und unbefugterweise. Ferner kommen Ausdrücke vor, in denen implizite der Vorsatz steckt. So Aussetzen, Verführen, Anreizen, Angreifen, Verabreden, Beiseiteschaffen u. a., häufig auch Unternehmen, so „wer es unternimmt“ in den §§ 81, 105, 114, 122, 159.

Aus dieser oft so willkürlichen Terminologie lassen sich erklärlicherweise keine fruchtbaren Schlüsse ziehen.

Die Frage, ob das Strafgesetzbuch nach einem bestimmten Prinzip vorgegangen ist, wenn es in den Tatbestand zahlreicher Delikte das Wörtchen rechtswidrig ausdrücklich aufnimmt, es bei vielen anderen dagegen fehlen läßt, ist von Kohlrausch eingehend behandelt worden.[1]) Kohlrausch gelangt zu dem Ergebnis, daß der Versuch, die Fälle der ausdrücklich hervorgehobenen und der nicht hervorgehobenen Rechtswidrigkeit auf einheitliche Prinzipien zurückzuführen, vorläufig als gelungen nicht betrachtet werden könne.

Frhr. Alexander Hold v. Ferneck hat, obwohl er grund-

---

[1]) l. c. § 10 S. 72 ff.

sätzlich der Ansicht Kohlrauschs beitritt, noch einen solchen Versuch gemacht. Er sagt[1]: „Das Gesetz führt das Wort rechtswidrig in den Tatbestand ein, um diejenigen Fälle auszuscheiden, die nach dem Wortlaut des Gesetzes getroffen werden, ohne daß das Gesetz sie treffen wollte.“ Bei manchen Paragraphen mag man hiermit durchkommen; Hold v. Ferneck denkt z. B. an den Tötungsparagraphen, den der Henker, der Soldat als Berufspflicht oftmals übertreten wird. Aber für andere Fälle paßt die Formel durchaus nicht. Man denke z. B. an das ebenso geschmacklose, wie lehrreiche Beispiel, welches Heitz anführt,[2] über den Geschlechtsverkehr zwischen Geschwistern, die darin nur einen Akt familiärer Zärtlichkeit erblicken, ohne von der Rechtswidrigkeit ihres Tuns eine Vorstellung zu haben. Solche Fälle sind gar nicht undenkbar; da Eltern mit ihren Kindern meistens heikle Fragen nicht zu erörtern pflegen, andererseits in Schule und Kirche die einschlägigen Begriffe niemals beim rechten Namen genannt werden, so bedarf es bloß des fehlenden Umgangs mit Altersgenossen, um völlige Unaufgeklärtheit in jungen Leuten zu erhalten. Sollte nicht gegenüber so traurigen Vertretern des Menschengeschlechts, die vielleicht ihr ganzes Leben auf einem einsamen Alpenhof zugebracht haben, tiefinnerstes Mitleid angebrachter sein, als die Strenge des Gesetzes? In § 173 StGB. fehlt jede Hervorhebung des Rechtswidrigkeitsmoments, und doch wird man annehmen müssen, daß das Strafgesetzbuch in einem Fall wie dem eben genannten nicht strafen will. Am auffallendsten wird die Unzulänglichkeit der Hold v. Ferneckschen Auslegung beim Körperverletzungsparagraphen, wo ebenfalls die Rechtswidrigkeit in den Tatbestand nicht auf-

[1] Frhr. Alexander Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Jena 1903, S. 395.

[2] Heitz, Das Wesen des Vorsatzes, Straßburg 1895, S. 34.

genommen ist. Gerade § 223 wird z. B. vom Arzt oft genug übertreten, ohne daß es jemandem in den Sinn kommen würde, diesen etwa für eine Operation zu bestrafen.

Hold v. Ferneck hat selbst zugegeben, daß der Gesetzgeber nicht konsequent vorgegangen sei. Man wird weitergehen und Kohlrausch recht geben können, der erklärt, man müsse sich bis zum Beweis des Gegenteils denen anschließen, welche die Auswahl der Fälle, wo die Rechtswidrigkeit in den Tatbestand aufgenommen ist, ganz willkürlich nennen.[1])

Bei diesem Stand der Sache dürfte auch hier eine Aufklärung für unsere Frage nicht zu erwarten sein. Suchen wir daher nach anderen Quellen für die Erkenntnis des Dolusbegriffs.

Am bedeutsamsten ist § 59 StGB., der im Wortlaut zitiert werden soll, weil er im Mittelpunkt der folgenden Darstellung steht und von jeher am ausgiebigsten interpretiert worden ist. Er lautet:

„Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen. Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist."

Weil Abs. 2 eine Beschränkung für fahrlässig begangene Handlungen feststellt, ist Abs. 1 uneingeschränkt auf vorsätzliche gemünzt. Wir gewinnen daher aus § 59 Abs. 1 eine Vorsatzdefinition: Vorsätzlich handeln heißt handeln in Kenntnis der Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen. Es wird sich darum handeln, aufzuklären, was das Strafgesetzbuch unter „Tatumständen"

---

[1]) l. c. S. 75.

versteht, ob insbesondere die Rechtswidrigkeit mit umfaßt wird. Die Antwort auf letztere Frage, von der die Entscheidung des ganzen Themas abhängt, kann nur ja oder nein lauten, Mittelmeinungen sind ausgeschlossen. Eigentümlich ist die Ansicht Brucks,[1] zum dolus gehöre theoretisch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit allerdings, das Strafgesetzbuch begnüge sich aber mit dem Vorsatz, der nur das hauptsächlichste Element des theoretischen dolus enthalte. Es ist kaum anzunehmen, daß das Strafgesetzbuch einen anderen, als den theoretisch möglichen dolus gewollt hat, zumal es bei seiner unbestimmten Ausdrucksweise der Wissenschaft, die doch gerade die Theorie vertritt, dieses Gebiet überlassen hat. Oder man müßte den Schluß ziehen, das Strafgesetzbuch kenne überhaupt keinen dolus, sondern nur den mit diesem gar nicht mehr wesensgleichen Vorsatz.

Die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich mit dem § 59 beschäftigt haben, beantwortet die obige Frage mit nein, die Rechtswidrigkeit gehöre nicht zu den Tatumständen des § 59.

Zunächst stoßen sie sich an dem Ausdruck Tatumstände; die Rechtswidrigkeit sei doch kein Tatumstand. So meint Lucas[2]: „Es erregt auch rein sprachlich betrachtet ein gewisses Befremden, das Verbotensein, das mit Bezug auf einen konkreten Tatbestand stets nur das rein geistige Ergebnis einer Denkoperation, nämlich einer rechtlichen Schlußfolgerung darstellen kann, einen Tatumstand nennen zu hören.“ Aber ist, wie schon Kahn[3]) diesem Bedenken gegenüber treffend bemerkt, die Beurteilung einer Sache als einer fremden, einer

[1]) Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit, Breslau 1885, S. 15 und 22.

[2]) l. c. S. 73, 74.

[3]) Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum (i. d. strafrechtl. Abhdlg. von Bennecke-Beling V Heft 30) S. 52.

Person als einer verschwägerten etwas anderes, als das Ergebnis einer Denkoperation?

Man darf unter Tatumständen nicht tatsächliche, d. h. in Tatsachen bestehende Umstände, sondern vielmehr die Umstände der Tat, nämlich der gerade in Frage kommenden Straftat verstehen, mit anderen Worten, Tat ist in dem Worte Tatumstände nicht Genitivus objektivus, sondern Genitivus subjektivus. Liepmann[1]) betont mit besonderer Entschiedenheit, daß sich aus dem Ausdruck Tatumständen ein Gegensatz zu Rechtssätzen oder zu den allgemeinen Verbrechensmerkmalen, insbesondere dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, nicht folgern lasse, und daß Tatumstände ebensogut Tatsachen wie Rechtsverhältnisse sein könnten. Diese Ansicht unterliegt m. E. keinem Bedenken, da man ja auch unter dem gesetzlichen Tatbestand ganz allgemein nicht nur den tatsächlichen Verhalt, sondern die rechtlichen Merkmale des Verbrechens versteht.

Köhler, der die Liepmannschen Ausführungen bekämpft,[2]) hebt den Gegensatz noch ausdrücklich hervor, wenn er sagt: „Es wird eben in § 59 nicht von den Umständen des gesetzlichen Tatbestandes gesprochen, sondern von den Tatumständen eines gesetzlichen Tatbestandes.“[3])

Versteift man sich auf diesen Gegensatz, dann steht eine bedeutsame, in der Praxis des Reichsgerichts herrschende Rechtsprechung ohne jedes gesetzliche Fundament da. Das Reichsgericht hat sich, wenigstens dem Grundsatz nach, auf den Standpunkt gestellt, den Liszt,[4]) Heinemann,[5]) Mayer,[6])

---

[1]) l. c. S. 137.

[2]) l. c. S. 74.

[3]) l. c. S. 67.

[4]) l. c. S. 181.

[5]) Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre, Freiburg 1889, S. 119.

[6]) Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten S. 114.

Schäffer,[1] Kitzinger,[2] früher auch Meyer[3]) in der Wissenschaft vertreten, daß bei den Delikten, wo die Rechtswidrigkeit expressis verbis in den Tatbestand aufgenommen ist, deren Bewußtsein beim Vorsatz zu erfordern sei, daß in diesen Fällen also bei mangelndem Rechtswidrigkeitsbewußtsein der Schutz des § 59 Platz zu greifen habe.[4]) In allen diesen Fällen müssen die Vertreter jener Ansicht volens nolens die Rechtswidrigkeit einen Tatumstand nennen. Sie haben daher am allerwenigsten recht, den Ausdruck Tatumstände so einseitig aufzufassen, daß die Rechtswidrigkeit nicht auch darunter begriffen würde.

Dagegen will Lucas[5]) und ihm folgend Klee[6]) auch da, wo die Rechtswidrigkeit im Tatbestand aufgenommen ist, trotz der besonderen Hervorhebung von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit beim dolus nichts wissen. Lucas meint, der Gesetzgeber hätte diese Ausnahme sonst irgendwie ausdrücklich begründen müssen und unmöglich einem wichtigen Prinzip so sang- und klanglos untreu werden dürfen.

Da könnte man nun ebensogut sagen: Die Tatbestände mit ausdrücklicher Hervorhebung der Rechtswidrigkeit erfordern deren Bewußtsein unbedingt zum dolus, der Gesetzgeber wollte das Rechtswidrigkeitsbewußtsein aber ein für allemal als Dolusmerkmal erfordern, sonst hätte es einer besonderen Erklärung seines entgegengesetzten Willens bedurft,

---

[1]) l. c. S. 25.

[2]) Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, Gerichtssaal LV S. 92.

[3]) Meyer, Lehrb. 3. Aufl. S. 152 f., dagegen Lehrb. 5. Aufl. S. 162 Anm. 20.

[4]) Über die Judikatur des Reichsgerichts vgl. Verweisungen bei Kohlrausch l. c. S. 77; Köhler l. c. S. 9.

[5]) l. c. S. 91 ff.

[6]) l. c. S. 72 ff.

er hat sich aber ausgeschwiegen. Da ginge man wenigstens noch von etwas Positivem aus. Andere Gründe für seine Ansicht als das bedeutungsvolle Schweigen des Gesetzbuchs bringt Lucas nicht herbei.[1])

Vor allem hat man aber den Unterschied von Tatumständen, die zum besonderen und zum allgemeinen gesetzlichen Tatbestand gehören, oder anders ausgedrückt, von besonderen und allgemeinen Tatbestandsmerkmalen herbeigezogen und behauptet, in § 59 könne nur von den besonderen die Rede sein; die Rechtswidrigkeit sei ein allgemeines Tatbestandsmerkmal,[2]) also habe § 59 mit ihr nichts zu tun.[3])

Zunächst will es nicht einleuchten, daß die Nichtkenntnis eines der oft recht unbedeutenden besonderen Tatbestandsmerkmale bedeutungsvoll, dagegen die Nichtkenntnis des allerbedeutendsten Merkmals, des allgemeinen Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit, unerheblich sein sollte. Die Berücksichtigung eines minus und die Nichtberücksichtigung eines plus lassen sich nicht ohne Zwang vereinigen.

Und dann steht im Gesetz doch nur „Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören", kein Wort vom „besonderen" gesetzlichen Tatbestand. Da das Strafgesetzbuch nur das eine Mal in § 59 den Ausdruck gesetzlicher Tatbestand verwendet, und zwar ohne irgend einen einschränkenden Zusatz, so ist um so weniger anzunehmen, daß es nur eine Unter-

---

[1]) Gegen eine verschiedene Behandlung der Paragraphen mit und ohne besondere Hervorhebung des Rechtswidrigkeitsmoments Olshausen, Komm. § 59 Anm. 30.

[2]) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 37, verwahrt sich gegen die Bezeichnung der Rechtswidrigkeit als eines allgemeinen Tatbestandsmerkmals des Verbrechens; er nennt sie ein Begriffsmerkmal des Verbrechens. Der Unterschied ist jedoch kein sachlicher, sondern nur ein formeller; dagegen vgl. v. Liszt l. c. S. 117; Kohlrausch l. c. S. 76; Köhler l. c. S. 63.

[3]) So z. B. Heinemann l. c. S. 129.

abteilung des Tatbestandes und nicht den ganzen, d. h. den allgemeinen und den besonderen gemeint haben sollte.

Aber auch wenn man den ganzen Wortlaut des § 59 betrachtet, so erscheint keineswegs die Beschränkung der Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, auf die besonderen Tatbestandsmerkmale als selbstverständlich; vielmehr wird man umgekehrt durch den Zusatz „oder die Strafbarkeit erhöhen“ stutzig. Wenn bloß besondere Tatbestandsmerkmale gemeint wären, was sollte dann noch dieser Zusatz? Er wäre ganz überflüssig, denn Tatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, sind immer besondere Tatbestandsmerkmale.

Das Gesetzbuch hebt im § 59 zwei Gruppen von Tatumständen hervor: solche, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, und solche, die die Strafbarkeit erhöhen. Das Strafgesetzbuch spricht, wie gesagt, vom gesetzlichen Tatbestand nur in diesem Paragraphen, so daß bezüglich der Abgrenzung dieses Begriffs Zweifel herrschen. Wenn hier aber überhaupt ein wesentlicher Unterschied sein soll, so kann § 59 nur Umstände unterscheiden, die die Strafbarkeit bedingen, d. h. deren Vorliegen überhaupt erst ein gesetzlich definiertes Delikt, z. B. Diebstahl, entstehen läßt, und solche, die sie speziell erhöhen. Es ergibt sich also die Frage, welche Umstände erhöhen die Strafbarkeit? Allgemeine gibt es nicht, sondern nur besondere. Innerhalb deren lassen sich wieder zwei Arten unterscheiden, nämlich solche, die gleichzeitig besondere Tatbestandsmerkmale sind, und solche, die es nicht sind. Unter der ersten Gruppe sind zu nennen z. B. Fürstenqualität des Beleidigten (§ 95), Aszendentenqualität des Erschlagenen (§ 215) oder Mißhandelten (§ 223), jugendliches Alter der unzüchtig behandelten Personen (§ 176), Wohnhauseigenschaft des angesteckten Gebäudes (§ 306, 6) u. s. w. Unter der zweiten Gruppe sei genannt: Rückfall, gewinnsüchtige Absicht, Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit, — letztere ist übrigens bisweilen Tatbestandsmerkmal.

Nun mache man sich einmal klar: Jede Einrede aus der ersten Gruppe, z. B. ich wußte nicht, daß der Mißhandelte mein Vater war, ließe sich hören, und niemand würde den Täter wegen vorsätzlicher Aszendentenmißhandlung strafen. Von den Einreden der zweiten Gruppe kann man dasselbe nicht sagen; oder soll sich der Richter etwa den Einwand gefallen lassen: ich wußte nicht, daß ich gewinnsüchtige Absicht hatte? ich wußte nicht, daß ich ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Verbrecher bin? Das wird man keinem Richter zumuten. Allenfalls ließe sich noch hören: ich wußte nicht, daß ich rückfällig war. Aber auch da müßte sich der vernünftige Richter sagen, ein Verbrecher, der innerhalb der Rückfallsverjährungsfrist seine Vorstrafe vergessen hat, verdient erst recht eine strenge Behandlung, weil die frühere so wenig Eindruck hinterließ. Nun erinnert Olshausen[1]) an den Fall, wo die erste Strafe dem Täter erlassen war. Aber wäre nicht hier die Milde so unangebracht als möglich, wo sich der Rückfällige durch seinen Rückfall jener früheren Nachsicht nicht würdig gezeigt hat?

Die Tatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, die in § 59 gemeint sein können, sind gleichzeitig besondere Tatbestandsmerkmale. Hätte also § 59 überhaupt nur von besonderen sprechen wollen, dann wäre der Zusatz „oder die Strafbarkeit erhöhen" überflüssig gewesen. Es ist daher der Rückschluß gestattet, daß in § 59 nicht nur besondere Tatbestandsmerkmale gemeint sind, mithin grundsätzlich nichts im Wege steht, das allgemeine Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit für inbegriffen zu halten.

Nun berufen sich die Gegner auch auf die Motive. Wie aus den Motiven hervorgehe, sei der § 59 der mit unwesentlichen formellen Änderungen übernommene § 44 des preuß.

---

[1]) l. c. S. 267.

StGB., und in dem wäre immer nur von besonderen Eigenschaften, besonderen Umständen, besonderen Verhältnissen die Rede.[1])

Wäre das richtig, so fragt man unwillkürlich, warum hier überhaupt Motive beigefügt wurden. In der Hauptsache geschah dies doch nur da, wo der Entwurf des neuen Strafgesetzbuches eine andere Richtung einschlug als das alte. Lucas[2]) sagt ausdrücklich, daß das neue Strafgesetzbuch in solchem Maße auf dem preuß. Strafgesetzbuch von 1851 ruht, daß dem Entwurf mit wenigen Ausnahmen nur da Motive hinzugefügt sind, wo derselbe von dem preuß. Gesetz abwich. Nur um zu sagen, es ist nicht anders geworden, hätte man keine besondere Bemerkung in den Motiven gebraucht. Daß formelle Änderungen vorgenommen wurden, hätte jeder, der lesen kann, von selbst gefunden. Mir scheint der § 59 doch eines anderen Geistes Kind zu sein als der § 44 des preuß. StGB., und meine Auffassung der Motive bestätigt diese Anschauung. Es heißt daselbst wörtlich: „Der strafrechtliche Grundsatz, daß eine Handlung dem Täter nur insofern zur Schuld und Strafe anzurechnen sei, als der Wille und die Handlung einander entsprechen, findet im § 52 (dem nachmaligen § 59) seine Anerkennung. Die redaktionellen Änderungen, welche er dem § 44 des preuß. StGB. gegenüber erfahren, haben den sachlichen Grundsatz selbst nicht alterieren, sondern nur Zweifel beseitigen wollen, zu welchen die Fassung Veranlassung gegeben hat."

Daraus folgern Lucas, Bruck, Heinemann u. a., der neue Paragraph habe überhaupt nur äußere, redaktionelle Änderungen erfahren und weiter gar keine. Sie verstehen also unter dem sachlichen Grundsatz den ganzen rechtlichen

---

1) So z. B. Bruck l. c. S. 24; Lucas l. c. S. 3, 84.

2) l. c. S. 3.

Inhalt. Das erscheint aber willkürlich; vielmehr ist das Wort Grundsatz in Satz 2 auf Grundsatz in Satz 1 zurückzubeziehen. Schon rein sprachlich erscheinen die beiden Ausdrücke in dieser Zusammenstellung als korrespondierend. Es hieße dann also: der neue Paragraph läßt den sachlichen Grundsatz des § 44, daß die Handlung nur insofern anzurechnen sei, als Wille und Handlung einander entsprechen, bei Bestand, ja er bringt ihn noch verständlicher zum Ausdruck. Das würde vollständig stimmen zu der oben vertretenen Auffassung des § 59.

Die Berufung der Gegner auf die Motive ist somit nicht für stichhaltig zu erachten, und es muß um so mehr bei der Ansicht geblieben werden, daß der dem § 59 untergeschobene Sinn, vor allem die Ergänzung „Tatumstände des besonderen Tatbestandes", nicht zu rechtfertigen ist.

Nun wendet Heinemann[1]) ein, man müsse den § 59, wenn man ihn schon nicht ausschließlich auf den besonderen Tatbestand beschränken wolle, dann auch auf den ganzen allgemeinen Tatbestand ausdehnen; es sei unzulässig, allein auf das Verbotensein der Handlung allen Nachdruck zu legen. Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß auch das Strafgesetzbuch auf dieses Moment besonderen Nachdruck legt, wie es durch eine ausdrückliche Hervorhebung desselben in vielen Paragraphen bewiesen hat; und dann ist nicht recht einzusehen, wie man sich den Vorschlag Heinemanns überhaupt denken soll. Soll etwa der Täter sagen: ich wußte nicht, daß ich bereits strafmündig war, ich wollte die Zeit meiner frühen Jugend noch ausnützen? oder: ich hielt mich für unzurechnungsfähig? — Einwendungen eines Mangels allgemeiner Tatbestandsmerkmale können natürlich nur stattfinden, soweit sie vernünftigerweise möglich sind, und das ist eben der

[1]) l. c. S. 128.

Fall bei dem allgemeinen Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit.

Dem Heinemannschen Gedanken könnte man mit demselben Recht den entsprechenden entgegenhalten: Wer Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale zum Vorsatz verlangt, die im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben sind, und ihre Nichtkenntnis als Entschuldigung gelten läßt, muß den Dieb freisprechen, der einen Bienenstock oder ein Hundehaus entwendet, in dem Glauben, das sei eine unbewegliche Sache. Da in § 242 StGB. ausdrücklich die Wegnahme beweglicher Sachen mit Strafe bedroht wird, müßte man konsequent sein und den Dieb laufen lassen. — Es versteht sich von selbst, daß die für die obigen Einwendungen — nämlich des Mangels der Kenntnis eines allgemeinen Tatbestandsmerkmals — festgesetzte Beschränkung für alle Einwendungen gilt.

§ 9.

Nach dem Gesetzestext stände also meiner Meinung nach nichts im Wege, im § 59 die Rechtswidrigkeit unter die dort erwähnten Tatumstände mit einzubegreifen.

Zu demselben Resultat kommt Binding, ohne aus dem Paragraphen selbst die Gründe zu entnehmen.[1]) Er sagt nur, es gibt keinen Tatumstand, der für den Tatbestand der Verbrechen wichtiger wäre, als gerade das Verbotensein der Handlung. Das ist an sich ganz richtig, aber noch kein Beweis dafür, daß das Bewußtsein davon zum dolus erfordert wird.

Einen solchen Beweis hat aus dem Text des Strafgesetzbuches Ortloff[2]) zu erbringen gesucht. Man kann

---

[1]) Normen II § 75.

[2]) Ortloff, Die Schuldarten im Strafrecht, Gerichtssaal XXXIV S. 401 ff.

nicht sagen, daß ihm dieser Versuch geglückt wäre. Er sei in Kürze skizziert.

Ortloff zieht die §§ 51, 56—58 u. 59 heran. Im § 51 heißt es, eine strafbare Handlung sei nicht vorhanden, wenn sich der Täter zur Zeit der Handlung in einem Zustand von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. Hieraus folgert Ortloff, daß freie Willensbestimmung schlechthin vom Strafgesetzbuche vorausgesetzt wird; die Willensbestimmung ist nicht frei, wenn der Täter unter dem Banne eines Irrtums steht; das mangelnde Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist ein Irrtum, also schließt mangelndes Bewußtsein der Rechtswidrigkeit die freie „unbeirrte" Willensbestimmung aus.

Diese Kombination ist doch wohl zu kühn. Das Beiwort „unbeirrt" ist eine willkürliche Einschiebung, und der Paragraph spricht ausschließlich von dem Fall der Bewußtlosigkeit oder Geisteskrankheit, so daß es nicht angängig erscheint, das Irrtumsmoment mit hinein zu verflechten.

Noch mißlungener ist Ortloffs Argumentation aus den §§ 56—58, die von der Bestrafung der Minderjährigen, Taubstummen, der sogen. vermindert Zurechnungsfähigen handeln. Daraus, daß Minderjährige und Taubstumme nur bestraft werden, wenn sie die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht haben, soll nach Ortloff hervorgehen, daß der Täter sich des tatsächlichen Vorhandenseins des kritischen Merkmals seiner Tat bewußt und imstande gewesen sein müsse, zu erkennen, daß die so gestaltete konkrete Tat strafbar sei. Das steht aber durchaus nicht darin. Es heißt in jenem Paragraphen nicht: „wenn er die Erkenntnis der Strafbarkeit, also mindestens das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hat", sondern: „wenn er die erforderliche Einsicht besitzt, die Strafbarkeit zu erkennen", gleichgültig, ob die Ein-

sicht ihm im einzelnen Falle die erforderliche Kenntnis wirklich vermittelte oder nicht.

Endlich sucht Ortloff auch den § 59 auszubeuten, in dessen Wortlaut er eine Bekräftigung seines mit Unrecht aus § 56 abgeleiteten Schlusses erblicken will. Er sagt: „Ein Gesetz, welches es für nötig erachtet, ausdrücklich Unkenntnis von Tatumständen, welche zu den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen zählen, als die Schuldzurechnung ausschließend hervorzuheben, muß Kenntnis davon als Bestandteil des Vorsatzes bei den einzelnen Strafgesetzverletzungen angesehen haben. Um wie viel mehr aber Bewußtsein der Rechtswidrigkeit überhaupt, wenn als Minimalvoraussetzung die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht aufgestellt worden ist für jegliche Schuldart, das ist nichts anderes, als Bewußtsein der Norm- oder Rechtswidrigkeit, des Verboten- oder Unerlaubtseins."

Man muß der Lucasschen Entgegnung[1]) zustimmen: Der Beweis des mit um wie viel mehr eingeführten Satzes, ein Beweis, um den es sich eben handelt, wird nur geführt durch eine nicht bewiesene, sondern lediglich willkürlich angenommene Gleichstellung der generisch verschiedenen Begriffe: die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht und die Erkenntnis der Strafbarkeit. Es zeigt sich daher, daß dieses Argument mit dem vorigen zusammenfällt.

Nun ist ja die Ortloffsche Darstellung nicht ganz und gar verkehrt. Als Normalfall des dolus stellt sich das Strafgesetzbuch ohne Zweifel den folgenden vor: Ein Mensch mit rechtlichem Unterscheidungsvermögen richtet seinen Willen aus freier Entschließung auf eine Handlung, von der er alle besonderen Tatbestandsmerkmale kennt. Daß das wissentliche und willentliche Handeln eines solchen Menschen von einem

[1]) l. c. S. 72.

vielleicht auch nur unbestimmten Bewußtsein der Rechtswidrigkeit begleitet sein wird, ist allerdings in 100 Fällen 99 mal anzunehmen. Aber die allgemeinen Schlüsse, die Ortloff daraus zieht, sind deshalb noch nicht gerechtfertigt. Dazu hätte es vor allem einer richtigen Auslegung des § 59 bedurft.

Die §§ 56 und 58 will auch Basedow[1]) zum Beweise seiner Theorie heranziehen, die das Normwidrigkeitsbewußtsein zum vorsätzlichen Verbrechen erfordert. Wenn er ausführt: „Da die Fähigkeit, mit der Vorstellung des Erfolges die der Strafbarkeit zu verknüpfen, ein allgemeiner ja sogar besonders wichtiger Bestandteil der Zurechnungsfähigkeit ist, so folgt daraus, daß die Erkenntnis der Strafbarkeit selbst für die Verschuldung von Wichtigkeit sein muß; es hätte keinen Sinn, die Fähigkeit von etwas zu verlangen, wenn ihre Ausübung völlig irrelevant sein soll" — so ist hiergegen dasselbe zu sagen, wie vorher gegen Ortloff. Wo das Gesetz eine bestimmte Vorstellungsfähigkeit verlangt, ist damit noch nicht gesagt, daß es in jedem Falle die Betätigung dieser Fähigkeit voraussetzt, also den Mangel dieser Betätigung als Entschuldigung gelten lassen will.

§ 10.

Das Endergebnis unserer Betrachtung über § 59 war die Feststellung, daß der Wortlaut des Paragraphen die dem indeterministischen Standpunkt des Strafgesetzbuchs entsprechende Auffassung, daß zum dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehöre, nicht nur nicht ausschließt, sondern sogar stützt.

Gegen die Auslegung des § 59 und die daraus folgende

[1]) Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, Erlanger Dissertation 1898, S. 110.

Dolusauffassung wird von deterministischer Seite, abgesehen von dem theoretischen Widerstreit, als Hauptbedenken ihre angebliche Unvereinbarkeit mit dem Geiste des gegenwärtigen Strafrechts und mit der modernen Kriminalpolitik geltend gemacht, die schon aus Gründen der Praxis ihre Ablehnung erheische.

Wie sehr ich den praktisch-politischen Gesichtspunkt würdige, geht aus der Bedeutung hervor, die ich ihm in den Ausführungen auf S. 22 ff. beigemessen habe. Die gegnerischen Bedenken würden daher auch als durchschlagend anerkannt werden, wenn sie faktisch begründet wären. Das sind sie jedoch, wie im folgenden dargetan werden soll, nicht.

Der charakteristische Zug in der Entwicklungsgeschichte des deutschen Strafrechts von Anbeginn an ist die immer stärker ausgeprägte Neigung, zu individualisieren, der inneren Seite des Verbrechens gerecht zu werden.

Das altgermanische Recht mit seinem Wehrgeld und seinen Bußen, den Entschädigungen an den Verletzten oder die Sippe, sah wie jedes primitive Recht auf den Erfolg. Der dem Verletzten oder seiner Sippe erwachsene Schaden war derselbe, ob er nun absichtlich oder aus Versehen zustande gekommen war. Daher war auch die zu zahlende Summe bei dolus, culpa und casus gleich. Diese barbarische Auffassung der Strafe als Reugeld zur Abwendung der Privatrache ließ eine Berücksichtigung des innern Verhaltens beim Täter nicht zu. Auch die eigentümlichen Beweismittel mußten dessen richtiger Erforschung widerstreben. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit konnte, abgesehen davon, daß die Tierprozesse dieses Begriffs spotteten, schon deshalb keine Rolle spielen, weil ein frischer Wagemut, ein kühnes Drauflosgehen anerkennenswert gefunden wurde. Erst mit dem Aufkommen der öffentlichen Strafe verlor sich die spezifisch germanische Auffassung, daß das Gesetz nur ein Freund der Schwachen sei.

Je mehr der Staat die Strafgewalt monopolisierte, desto mehr wurde naturgemäß von dem Grundsatz der Erfolgshaftung abgewichen und das Verschuldungsprinzip in den Mittelpunkt gerückt. Den Geist dieser neuen Strafrechtsepoche hat Allfeld[1]) mit den Worten gekennzeichnet: „Das eben ist der gewaltige Fortschritt, der sich in der Entwicklung der Rache des einzelnen zur staatlichen Vergeltungsstrafe zeigt, daß nicht in blinder Leidenschaft die bloß objektive Rechtsverletzung erwidert wird, sondern nur dann, wenn das Unrecht sich in bewußten Gegensatz zum Rechte stellt, die jede Privatrache ausschließende staatliche Strafe eintritt."

Aber die Entwicklung war eine allmähliche, schrittweise. Während in den Rechtsbüchern des Mittelalters zunächst hier und da, in einzelnen besonders hervorgehobenen Fällen, der Mangel des Rechtswidrigkeitsbewußtseins berücksichtigt wurde, erhob die Constitutio Criminalis Carolina generell die Willensschuld zur Grundlage ihres Strafsystems, ohne jedoch die Frage nach Inhalt, Abgrenzung und Aufhebung der Schuld irgendwie erschöpfend zu regeln. Immerhin war es der erste entscheidende Schritt in der zuvor angedeuteten Richtung.[2])

Die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts brachte mit ihren geistigen Umwälzungen auch in die Strafgesetzgebung einen freieren Zug. So finden wir in den österreichischen und preußischen Kodifikationen neuzeitliche wahrhaft liberale Gedanken.

Die Constitutio Criminalis Theresiana von 1768[3]) und die C. C. Josephina von 1787[4]) legen dem Irrtum schuld-

---

[1]) Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, Leipzig 1904, S. 7, 8.

[2]) Über die Entwicklung vgl. Kahn l. c. S. 17 ff.; Löffler l. c. S. 162—166; Klee l. c. S. 67 ff.; Hämmerer, Der Einfluß des Rechtsirrtums auf die Bestrafung, 1890, S. 9 ff.

[3]) Art. 3 § 2.

[4]) Kap. 1 § 8.

ausschließende Wirkung bei. Das österreichische Strafgesetz von 1803 geht den gewiesenen Weg weiter und sagt geradezu: Eine Handlung oder Unterlassung wird als Verbrechen nicht zugerechnet, wenn ein solcher Irrtum mit unterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ.[1])

Für uns am bedeutsamsten ist die Stellung des preuß. allgem. Landrechts. Hier heißt es im Titel 20 § 11, daß die Strenge des Gesetzes den treffe, der das Strafgesetz zu wissen schuldig und imstande sei. Ob das der Fall war, entschied das richterliche Ermessen; namentlich wurde dabei auf den Stand gesehen.

Die Kodifikationen in den kleineren Territorien zeigen dieselbe Tendenz, so die Strafgesetzbücher von Bayern,[2]) Oldenburg,[3]) Württemberg,[4]) Braunschweig,[5]) Hessen[6]) und Sachsen;[7]) am deutlichsten das hannöversche,[8]) wo der Kriminaldolus als der Entschluß zu einer strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewußtsein, daß sie unerlaubt sei, definiert wird. Man sieht, wie die Entwicklung dahin ging, das Recht individualistischer zu gestalten, für entwickelte Kulturvölker berechnet, frei von den Härten, die eine vergangene Zeit als notwendiges Übel beibehalten mußte.

Das preußische Strafgesetzbuch vom 14. 4. 1851 brachte eine Reaktion. Es enthielt keine ausdrücklichen Vorschriften über den Dolus, wie etwa das Strafgesetzbuch von Baden[9])

---

[1]) § 2; ebenso das österr. StGB. von 1852, vgl. § 2 e.
[2]) Art. 39.
[3]) Art. 52.
[4]) Art. 55.
[5]) § 21.
[6]) Art. 58.
[7]) Art. 46, 47.
[8]) Art. 41.
[9]) § 97.

und den thüringischen Staaten,[1]) und nirgends finden wir einen greifbaren Anhalt dafür, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum dolus verlangt wurde.

Das Gesetzbuch ist 1851 in Kraft getreten. Seine Entstehungszeit mußte also gerade unter dem Eindruck der großen politischen Bewegungen der Jahre 1848/49 stehen. Ob darin ein Nachwirken jener Stürme zu sehen ist, ob man die individuelle Seite des Verbrechens in den Hintergrund drängte, um Freigeistern und Brauseköpfen möglichst jede Aussicht auf Entgegenkommen zu nehmen, ist ein Gedanke, der vielleicht nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sein wird. Eine schneidige Strafrechtspflege ist gewiß kein zu verachtendes Mittel gegen Extravaganzen des beschränkten Untertanenverstandes.

Eine Entschuldigung dieser Strenge gibt es aber. Zu jener Zeit war Bindings Normenwerk noch nicht geschrieben. Die Redaktoren des preußischen Strafgesetzbuchs kannten die scharfe Scheidung zwischen rechts- und strafgesetzwidrig noch nicht, jedenfalls war sie noch nie in so durchsichtiger Form dargestellt. Es mußte daher eine Gleichstellung von Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und Bewußtsein der Strafbarkeit damals sehr viel näher liegen als heute. Sagt doch selbst Lucas[2]) noch, im Strafrecht könne nur das Bewußtsein der Strafbarkeit in Frage kommen, und wenn man überhaupt irgend welches Unrechtsbewußtsein in den Dolusbegriff aufnehmen wolle, könne es nur unter dieser Formel geschehen. Da erscheint es allerdings begreiflich, daß Männer, die vor jener neuen von Binding inaugurierten Epoche der Strafrechtswissenschaft schrieben, der Verwechslung von strafgesetzwidrig und rechtswidrig um so leichter zum Opfer fallen mußten.

---

[1]) Art. 29.

[2]) l. c. S. 84.

Bewußtsein der Strafbarkeit zu verlangen, ging aber unter den neuzeitigen komplizierten Rechtsverhältnissen nicht mehr an, und so ließ man denn lieber das ganze Rechtswidrigkeitsmoment fahren.

Mag man es auch erklärlich finden, ein Rückschritt war es, und wie wenig dieser Rückschritt dem herrschenden Rechtsgefühl entsprach, dafür zeugt ein Erkenntnis des höchsten preußischen Gerichtshofs vom 7. 7. 1864, also nach 13jähriger Herrschaft des preußischen Strafgesetzbuchs. Das preußische Obertribunal hebt darin das Urteil eines Gerichts unterer Instanz auf, da es auf einer Verkennung des strafrechtlichen Dolus beruhe, welcher „das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu seiner Voraussetzung hat, mithin die Strafe ausschließt, wo dieses Bewußtsein fehlte, vielmehr der, wenn auch irrige, Glaube an eine Berechtigung der Handlung vorhanden war".

Daß der höchste Gerichtshof eines Staates sich mit den Landesgesetzen in bewußten Widerspruch setzt, ist undenkbar. Man kann also nur annehmen, daß das Obertribunal das Fortleben jenes vom preußischen Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich übernommenen Satzes stillschweigend voraussetzte, jedenfalls als dem Strafgesetz nicht widersprechend ansah. Jenes eine von Binding[1]) angeführte Urteil ist nicht das einzige, vielmehr spricht Lucas[2]) von der allgemeinen Praxis des Obertribunals und der unteren Instanzen in dieser nun einmal eingebürgerten, weil dem Volksbewußtsein entsprechenden, Richtung. Heitz[3]) bezeichnet sie als die vor dem Erscheinen

---

[1]) Normen II S. 500; vgl. Erkenntn. des Obertribunals vom 13. 11. 1871, 31. 1. 1873, 26. 6. 1873, 25. 11. 1875, besonders vom 14. 4. 1875, wo das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der „generelle Dolus" genannt wird. Reichhaltige Verweisungen bei Binding, Normen II Anm. 152.

[2]) l. c. S. 66.

[3]) Heitz l. c. S. 48.

des neuen Reichsstrafgesetzbuchs verbreitete Ansicht in der Doktrin.

Wenn sich diese Ansicht also mit dem strenger gefaßten preußischen Strafgesetzbuch vertrug, warum soll man sie für unverträglich halten mit dem sich unbestimmter und dehnbarer ausdrückenden deutschen Reichsstrafgesetzbuch?

Daß das Rechtsbewußtsein in dieser Kardinalfrage sich durch den bloßen Gesetzestext nicht beirren ließ, ist ein Beweis seiner Intensität, und daß der neue Gesetzestext weitherziger ist, spricht nur dafür, daß dieses Bewußtsein von neuem siegreich durchgedrungen ist. — Man hätte ja sonst im Gegenteil die Grenzen enger ziehen müssen, um willkürliche Gesetzesanwendungen ein für allemal unmöglich zu machen. Grade dieses Rechtsbewußtsein im Volk ist aber nicht hoch genug anzuschlagen, denn das Reichsstrafgesetzbuch ist ein auf parlamentarischem Wege zustande gekommenes Volksgesetz, das deutsche Volk selbst hat es gewissermaßen geschrieben, wenn auch seine berufensten Söhne ihm die Hand dabei führten. Seine Gerechtigkeitsmaximen haben darin ihren Niederschlag gefunden. Man hat das Gewissen das Gesetz der Gesetze genannt, so muß man auch das Volksgewissen als das Gesetz der Volksgesetze ansehen. Dieses Volksgewissen beruhigt sich aber nur bei einer Strafe, die als gerechte Vergeltung erscheint.[1])

Vorsätzliche Schuld setzt erst da ein, wo der gute Glaube aufhört. Dem menschlichen Gefühl widerstrebt es, jemanden

---

[1]) Die früher zitierte Abhandlung von Rüegg in der Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins (Bd. 35 Heft 3) ist aus der allgemeinen Erbitterung heraus geschrieben, die in Bern die Verurteilung eines Lehrers hervorgerufen hatte, der, in dem Glauben, kraft seines Lehramtes und Erzieherberufs hierzu berechtigt zu sein, einem renitenten Schüler eine leichte körperliche Züchtigung hatte angedeihen lassen und sich dafür wegen vorsätzlicher Mißhandlung verantworten mußte.

wegen vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens zu bestrafen, der bona fide gehandelt hat, dem entwickelten sittlichen Bewußtsein eines modernen Kulturvolks ist es vollends unerträglich. Wie großes Gewicht legt aber die moderne Rechtspflege dem im Volke lebendigen Rechtsgefühl bei, wo sie doch gerade bei den ernstesten Verbrechen über das Schuldig und Nichtschuldig Laien erkennen läßt, die keine andere Richtschnur haben, als eben ihr lebendiges Rechtsgefühl. Man wird daher einer Richtung in der Strafrechtswissenschaft, auch wenn sie noch so blendend auftritt, nicht zuviel Einfluß beimessen dürfen, wenn sie in den Gesetzestext einen Sinn hineinlegt, gegen den sich der oberste Gesetzgeber, die Gesamtheit, verwahren würde.

Das Reichsstrafgesetzbuch wird allgemein ein humanisiertes preußisches Strafgesetzbuch genannt. Die größere Humanität besteht doch aber nicht nur in einer Milderung der Strafhärten, sondern in einer vorsichtigeren Handhabung der Strafe überhaupt. Die Betonung des ethischen Charakters der Handlung im Gegensatz zum rechtlichen ist gerade bezeichnend für die neueste Zeit; die ganze heute so vielfach überspannte Berücksichtigung eventueller Unzurechnungsfähigkeit bewegt sich in dieser Richtung. Lucas[1]) selbst spricht von der steigenden Berücksichtigung der subjektiven Seite des Verbrechens im modernen Strafrecht, und zwar in anerkennendem Ton, was ihn aber nicht daran hindert, wenige Kapitel später den § 59 StGB. so einseitig wie möglich auszulegen, und eine recht schneidige Handhabung des Gerechtigkeitsschwertes im Interesse der Sicherheit des Staatsgefüges, anders ausgedrückt, die Strafe als Zweckmäßigkeitsmaßregel zu empfehlen. Das heißt mit dürren Worten: Die Gesamtheit ist alles, das Individuum nichts, ein Gedanke, der der heutigen Staatsidee

---

[1]) l. c. Einleitung S. 1—4.

direkt entgegenläuft. Der Hauptzweck des Kulturstaates ist doch gerade die Förderung der größtmöglichen Freiheit des Individuums. Ist aber die Staatssicherheit, der Gesellschaftsschutz das Hauptleitmotiv im Strafrecht, warum läßt man dann die Trunkenheit als Strafmilderungsgrund zu?[1]) Hieße das dann nicht auch eine unverantwortliche Rücksichtnahme auf einen notorischen Störenfried?

Mit seinen Beispielen hat Lucas dasselbe Unglück, das er Binding mit den seinigen vorwirft.[2]) Man nehme z. B. das vom relolutionären Volksredner, der, von glühendem Idealismus beseelt, in bestem Glauben die Massen anfeuern soll, und gegen den man nach Ansicht von Lucas bei unserer Dolusauffassung wehrlos wäre, weil man ihn wegen seines mangelnden Rechtswidrigkeitsbewußtseins nicht strafen könne.[3]) Wie soll wohl ein politischer Hetzredner die Rechtsordnung nicht kennen, gegen die er ja gerade Front macht? Denn wenn er nicht gegen sie Front macht, kann er ja Reden halten, so viel er will. Lucas scheint hier denselben Fehler zu machen, der bei seinem Sand-Kotzebue-Beispiel klar zutage tritt, der auch bei Klee[4]) zu rügen ist. Er verwechselt Kenntnis der objektiven Rechtsordnung mit dem subjektiven rechtlichen und sittlichen Ermessen des einzelnen. Gegen eine solche Gleichsetzung muß aber Verwahrung eingelegt werden. Der Rechtswahn kann die Bestrafung nicht beeinflussen.[5])

Man kann den Deterministen den Vorwurf nicht ersparen,

---

[1]) Anders im Militärstrafgesetzbuch, wo ausdrücklich in § 49,2 bestimmt ist, daß Trunkenheit kein Strafmilderungsgrund sein soll.

[2]) l. c. S. 76.

[3]) l. c. S. 79.

[4]) l. c. S. 47, 48.

[5]) Ebenso v. Bar, Gerichtssaal XXXVIII S. 259; a. M. Oetker l. c. § 23, der den Rechtswahn sehr einschränkt und als Fall des Rechtsirrtums konstruiert.

daß ihr System bedenkliche Ähnlichkeit mit dem Verursachungsprinzip und dadurch mit der Erfolgshaftung aufweist, deren im Strafrecht noch vorhandene Reste sie mit so viel Entrüstung als „weder dem heutigen Rechtsbewußtsein, noch den Grundsätzen einer vernünftigen Kriminalpolitik entsprechend",[1]) als „empörendes Schandmal unserer Zeit"[2]) verdammen.

Wenn man die Entwicklungsgeschichte unseres Strafrechts und seine kulturgeschichtliche Aufgabe betrachtet, so erscheint es im Gegenteil als dem Geiste des deutschen Strafgesetzbuchs durchaus unangemessen, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit beim dolus in den Hintergrund zu drängen.

§ 11.

Wie steht es aber mit den anderen Bedenken: Unsere Auffassung des § 59 untergrabe die Rechtspflege, lähme die Strafjustiz und sei daher mit der modernen Kriminalpolitik unvereinbar? Besonders Lucas[3]) malt ihre Konsequenzen in den schwärzesten Farben, Heinemann[5]) will sie gar als eine Todsünde des Staates erscheinen.

Sollte das nicht stark übertrieben sein? Das Strafrecht hat zwei Grundprinzipien, die nebeneinander bestehen müssen: ausgleichende Gerechtigkeit und Schutz der Interessen der Gesellschaft. Uns wirft man vor, wir überspannten jenes Moment, die Gegner rücken tatsächlich das andere zu sehr in den Vordergrund. Nun würde m. E. ein Strafrecht, das sich nur jenes erste Moment zum Grundprinzip nimmt, die Gesellschaft immer noch, wenn auch vielleicht nicht ausreichend,

---

[1]) So v. Liszt l. c. S. 167.

[2]) So Löffler l. c. S. 228.

[3]) l. c. S. 80.

[4]) l. c. S. 58.

zu schützen vermögen. Nimmt man aber den Gesellschaftsschutz, das Zweckprinzip zur alleinigen Grundlage, so muß jede antisoziale Handlung bestraft werden, ohne Rücksicht auf das innere Verhalten des Täters; der Strafrichter würde zum akademisch gebildeten Gendarm, mit einer auf einer höheren, sittlichen Basis beruhenden Rechtspflege wäre es vorbei. Beide Extreme sind zu verwerfen, wenn auch das letztere noch bedenklicher erscheint. Es soll im folgenden der Nachweis geführt werden, daß ein grundsätzlich auf dem Verschuldungsprinzip stehendes Strafrecht, wie es das Reichsstrafgesetzbuch ist, welches sich den Schutz aller vernünftigen Lebensinteressen zum Ziele macht, und deshalb sogar seinen obersten Grundsatz, aber immer nur ausnahmsweise, hie und da zurücktreten läßt (so bei den Polizeidelikten) vollauf den Anforderungen einer vernünftigen Kriminalpolitik entspricht.

Daß die Befürchtung, jeder Verbrecher käme, wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des dolus anerkannt würde, mit der wohlfeilen Entschuldigung, ihm habe dieses Bewußtsein gefehlt, unbegründet ist, beweist der Umstand, daß bei den sehr zahlreichen Delikten, wo die Rechtswidrigkeit in den Tatbestand ausdrücklich aufgenommen ist, jene Entschuldigung bis jetzt nicht in auffälliger oder gar störender Weise geltend gemacht ist, obwohl das Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen[1]) ausgesprochen hat, daß bei diesen Delikten das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur Bestrafung wegen dolosen Handelns zu erfordern sei.

Der Haupteinwand, der gegen unsere Theorie von deterministischer Seite erhoben wird, ist aber der, daß ihr zufolge der unbewußt schuldhaft Handelnde straffrei ausgehen müsse. Davon ist aber gar keine Rede, denn es trifft ihn in den allermeisten Fällen der Vorwurf der Fahrlässigkeit, und damit

---

[1]) vgl. Entsch. III 10, III 184, V 102, XIX 87, XIX 209.

die entsprechende Strafe, die in solchen Fällen auch genügen wird. Wo das Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich den Unterschied von Vorsatz und Fahrlässigkeit macht, darf man nicht annehmen, daß es in solchen Fällen überhaupt keine Fahrlässigkeit kenne. Letztere ist aber nur zu strafen, wenn besondere Gründe ihre Ahndung gebieten. Im Zweifel wird dolus zu jedem Delikt erfordert, wo das Strafgesetzbuch nichts Bestimmtes sagt. Doch ist es immer eine Frage der Auslegung, ob Fahrlässigkeit nicht auch in den Fällen, wo das Gesetz sie nicht besonders erwähnt, bestraft werden muß. Letzteres ist z. B. immmer der Fall bei Übertretungen, es ist ferner da anzunehmen, wo die Fahrlässigkeit einen so hohen Grad von Leichtsinn oder Frivolität darstellen würde, daß eine ausdrückliche Einengung des Strafrahmens hierfür nicht geboten schien. In solchen Fällen ist dann also der eine aufgestellte Strafrahmen für Vorsatz und für Fahrlässigkeit bestimmt.

Des weiteren hält man uns entgegen, unsere Auffassung des § 59 bringe es mit sich, daß der Richter in jedem Fall das Vorhandensein des Rechtswidrigkeitsbewußtseins festzustellen habe und sogar beweisen müsse; dadurch werde die richterliche Tätigkeit unendlich erschwert, die Bestrafung wegen der Schwierigkeit des Beweises oft illusorisch, und das könne unmöglich im Sinne des Strafgesetzbuches sein.

Hierauf ist zunächst zu antworten, daß man dem Strafgesetzbuch nicht die wenig vornehme Absicht unterstellen darf, es habe zugunsten einer bequemen Rechtsprechung schon ein Teil Ungerechtigkeit in Kauf nehmen wollen. Aber ganz abgesehen davon erscheint jenes Erfordernis bei Licht betrachtet nicht so schlimm. Was heißt denn überhaupt beweisen bei inneren Vorgängen? Die Voraussicht des Erfolges, die Kenntnis der besonderen Tatbestandsmerkmale muß doch ebenfalls bewiesen werden, und das sind ebensogut innere Vorgänge, wie das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Solch ein

Beweis läßt sich mit mathematischer Genauigkeit überhaupt nicht führen, sondern nur auf Grund von Erfahrungssätzen. Diese Erfahrungssätze werden dem Richter bei Verbrechen wie Mord, Notzucht, Raub ohne weiteres sagen, daß sie kein normaler Mensch für erlaubt hält. Auch bei anderen weniger krassen deliktischen Handlungen wird er nicht leicht auf Zweifel stoßen, wenn erst die Kenntnis der übrigen Tatbestandsmerkmale erwiesen ist.

So wenig ich einer allgemeinen praesumptio doli das Wort reden möchte — eine hohe Wahrscheinlichkeit muß immer vorhanden sein, daß wer mit Wissen und Willen die besonderen Tatbestandsmerkmale verwirklicht, wenn auch nur von ungefähr das Gefühl haben wird, er handle nicht im Einklang mit der Rechtsordnung. Eine eingehende Untersuchung wird daher nur in den verhältnismäßig seltenen Fällen notwendig werden, wo ernstliche Zweifel auftauchen.[1]) Wenn man dem Richter aber zumutet, auf die Ergründung der Vorstellung der besonderen Tatbestandsmerkmale beim Verbrecher alle Mühe zu verwenden, warum glaubt man dann, die Aufgabe, die wir ihm stellen wollen, wachse ihm über den Kopf?

Gelingt es aber nicht, das Vorhandensein des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit darzutun, so braucht sich der Täter noch lange nicht ins Fäustchen zu lachen, denn dem Vorwurf, er hätte dieses Bewußtsein haben können und sollen, wird er nur in den seltensten Fällen entgehen. Der Richter wird nur sehr schwer zu einer gegenteiligen Überzeugung kommen.[2]) Nehme man aber ein solches ausnahmsweises Mißlingen des Beweises an, so entgeht eben einmal ein Schuldiger der Be=

---

[1]) Derselben Meinung Ortmann l. c. S. 253; Basedow l. c. S. 77.

[2]) Ebenso Allfeld l. c. S. 29, 30.

strafung, diese Eventualität ist freilich eine Schattenseite unserer Auffassung, aber nimmt man sie nicht gern in Kauf an Stelle der großen Gefahr, zu der die gegnerische Auffassung führt, unter Umständen einen Gutgläubigen zu verurteilen?

Staatsanwalt Rosenberg[1]) hat die Folgen der indeterministischen Vorsatztheorie für alle Gruppen von Verbrechen und Vergehen dargestellt, und kommt zu dem Ergebnis, daß, wenn man ihr folgt, von einer Lähmung der Kriminaljustiz nicht die Rede sein könne. Übrigens entnimmt er das Erfordernis des Rechtswidrigkeitsbewußtseins nicht dem Gesetzestext selbst, sondern er stimmt der gegnerischen Auffassung des § 59 zu, hält diesen Paragraphen aber für dringend reformbedürftig und bezeichnet seine dürftige, zweifelhafte Fassung als einen Mißstand, der in der Praxis des Reichsgerichts zu schweren Unzuträglichkeiten geführt habe. Insofern teilt Rosenberg die hier vertretene Ansicht, als auch er eine besondere prozessuale Feststellung des Vorhandenseins des Rechtswidrigkeitsbewußtseins nur bei erheblichen Zweifeln daran für erforderlich hält und dessen erwiesenen Mangel die Zurechnung zum dolus ausschließen läßt.

Das Reichsgericht steht schon seit mehreren Jahren auf dem gegnerischen Standpunkt und verlangt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum dolus. In früheren Entscheidungen hat es allerdings das Gegenteil ausgesprochen. Noch aus dem Jahre 1879 lautet ein Erkenntnis des zweiten Strafsenats vom 24. Oktober[2]) folgendermaßen: „Jede Straftat erfordert, soweit es sich nicht um Fahrlässigkeitsdelikte handelt, der subjektiven Seite der Vorsätzlichkeit, des dolus, auf seiten des Täters. Der letztere muß mit dem Bewußt-

---

[1]) Rosenberg, über die Reform des § 59 des RStGB., Zeitschr. f. d. ges. Strafr.-Wissensch. Bd. 23 Abhandl. 12 Kap. 8.

[2]) zitiert bei Hämmerer l. c. § 12.

sein handeln, daß er sich mit der bestehenden Rechtsordnung in Widerspruch setzt, indem er auf dem Rechtsgebiet Veränderungen vornimmt, welche ihm nicht zustehen, mögen im übrigen diese Veränderungen mit Strafe bedroht sein und diese Strafdrohung ihm bekannt sein oder nicht. Es folgt solches aus der Natur des Delikts und der Strafe. Dieses Merkmal erweist sich derart als selbstverständlich, daß die Ökonomie der Gesetzessprache dahin geführt hat, dasselbe in der Formel des . . . Gebotes oder Verbotes in der Regel nur ausnahmsweise, wo es sich um eine besondere Richtung oder Intensivität des Willens handelt, zum Ausdruck zu bringen. Es wird stillschweigend in der Legaldefinition einbegriffen."[1])

So die Ansicht des höchsten deutschen Gerichts zu einer Zeit, die der Entstehung des Strafgesetzbuchs noch verhältnismäßig nahe lag. Man sollte meinen, wenn das Strafgesetzbuch mit dem früheren Dolusbegriff endgültig aufgeräumt hätte, müßte grade in der ersten Zeit die neue Richtung zielbewußt vorgehen — aber im Gegenteil, konsequent durchgeführt wurde sie erst, als die deterministische Schule in der Doktrin ihre Triumphe zu feiern begann. Ob man das Gesetzbuch selbst für diese neue Lehre verantwortlich machen darf, ob die Redaktoren dem Geist jener früheren Periode, wo man das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit selbstverständlich fand, nicht näher gestanden haben als dem der späteren Jahrzehnte, mag dahingestellt bleiben. Tatsache ist jedenfalls, daß das höchste deutsche Gericht heutzutage das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Kriminalvorsatz verlangt; und gerade damit bekämpft man uns, da die Entscheidungen des Reichs-

---

[1]) Ähnliche Entscheidungen: II 377, XVI 153, XXI 313, wo das Rechtswidrigkeitsbewußtsein ein allgemeines Erfordernis des strafrechtlichen dolus genannt wird.

gerichts ein sicherer Barometer für die Bedürfnisse der jeweiligen Zeitperiode, für die als notwendig erkannte Richtung der Kriminalpolitik seien.

Abgesehen davon, daß ich mich für Präjudizienkultus überhaupt nicht erwärmen kann, vermag ich jenen Satz in seiner Allgemeinheit nicht zu unterschreiben. Wir haben die starke Neigung des modernen Strafrechts, die subjektive Seite hervorzuheben, als gleichermaßen von Freund und Feind begünstigt festgestellt. Wo kommt aber dieses persönliche innere Element besser zur Geltung, — in den unteren Instanzen, wo der Richter dem Angeklagten Auge in Auge gegenübersteht, oder beim Reichsgericht, wo etwaige juristische Mängel der Vorentscheidung beurteilt werden sollen? Die Antwort dürfte sich von selbst ergeben.

In dem zum Schlagwort gewordenen Grundsatz, daß man den Täter und nicht die Tat bestrafen solle, ist die herrschende Abneigung gegen jeden Formalismus auf strafrechtlichem Gebiet zum Ausdruck gekommen. Wo liegt aber die Gefahr näher, nach formellen Grundsätzen zu richten, wenn der unmittelbare Kontakt mit dem Angeklagten fehlt, oder wenn man diesen hört und sieht?

Rosenblatt[1]) führt an der Hand zahlreicher Beispiele den Nachweis, daß die unteren Instanzen, die mit dem Leben in unmittelbarer Berührung stehen, bei mangelndem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit freizusprechen geneigt sind, während der oberste Gerichtshof streng verurteilt, weil er nur „den Fall" vor Augen hat. Was Rosenblatt für Österreich ausführt, ist allgemein symptomatisch. Es ist ein Unrecht und der heutigen Stellung der Strafrechtswissenschaft nicht entsprechend, die Entscheidungen des Reichsgerichts denen

---

[1]) Rosenblatt, Der Rechtsirrtum vor dem Strafrichter in der Judikatur des obersten Gerichts- und Kassationshofs in Wien, Gerichtssaal LXI Heft 1 S. 31.

der niederen Instanzen gegenüber zu überschätzen in Fragen, wo die persönliche Seite, das psychologische Moment, so im Vordergrund steht, wie bei der Frage nach der Schuld und dem dolus.

§ 12.

Nirgends gewinnt die Auffassung des Dolusbegriffs größere Bedeutung, als bei der Frage nach dem Einfluß des Rechtsirrtums. Die hier empfohlene Auslegung des § 59 StGB., d. h. die Einbeziehung der Rechtswidrigkeit unter die Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, vereinfacht die Lösung der Frage außerordentlich.

Rechtsirrtum liegt bei jeder irrtümlich falschen Beurteilung der rechtlichen Seite einer Handlung vor. Inwieweit er zu berücksichtigen ist, bestimmt § 59. Dort heißt es nur kurz: „Wer das Vorhandensein von Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatumstand gehören, usw. nicht kannte, dem sind sie nicht zuzurechnen.“ Das Nichtkennen kann die tatsächliche und die rechtliche Seite der Handlung betreffen. Im ersteren Falle liegt faktischer Irrtum oder Tatirrtum, im letzteren Falle liegt Rechtsirrtum vor.

Ein nach § 59 erheblicher Rechtsirrtum ist also gegeben, wenn irrtümlicherweise das Vorhandensein des allgemeinen Tatbestandmerkmals der Rechtswidrigkeit, als des nach unserer früher entwickelten Auffassung für die rechtliche Seite der Handlung in Betracht kommenden Tatumstands, nicht gekannt wird, mit andern Worten, wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit infolge eines Irrtums fehlt.

§ 59 gibt nur das Objekt an, welches nicht gekannt sein kann, warum es nicht gekannt wird, darüber läßt es nichts verlauten. Der Grund des Nichtkennens kann z. B. ein Irrtum sein, aber dieser Grundirrtum ist

ohne Belang. Das Kriterium für die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit des Rechtsirrtums ist nach dem Gesetzestext lediglich die Richtung, in der sich der Irrtum bewegt, nicht aber seine Entstehung, sein Ziel und nicht seine Beschaffenheit. Es folgt daraus, daß jede Unterscheidung innerhalb des Rechtsirrtums durch Heranziehen des Grundirrtums im Gesetz keine Stütze findet.

Damit ist einer von jeher viel kritisierten, neuerdings mit wachsender Entschiedenheit bekämpften[1]) Praxis des Reichsgerichts das Urteil gesprochen.

Das Reichsgericht vertrat und vertritt grundsätzlich den Standpunkt, daß der Rechtsirrtum an sich unerheblich, und nur der Tatirrtum zu berücksichtigen sei; es erweitert aber das Gebiet des Tatirrtums durch Einbeziehung des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums, beschränkt also den Satz: error iuris nocet auf die Formel: error iuris criminalis nocet. Das ist aber eine Scheidung innerhalb des Rechtsirrtums lediglich nach dem Grundirrtum, für den das Gesetz überhaupt kein Interesse zeigt.

Insofern hat der Satz: error iuris criminalis nocet seine Gültigkeit, als jeder Irrtum über Art und Maß der Strafe, ja selbst über die strafrechtliche Verfolgbarkeit der Handlung unerheblich sein muß. Dagegen schließt jeder Irrtum, der zur Folge hat, daß der Irrende seine Tat nicht für rechtswidrig hielt, den dolus aus, gleichgültig, ob er entschuldbar oder unentschuldbar war, ob er in der irrtümlichen Ausnahme einer Berechtigung oder eines Schuldausschließungsgrundes bestand, oder ob er in der Form des Subsumtionsirrtums auftrat.

Die Tragweite der Interpretation des § 59 erhellt schon

---

[1]) vgl. v. Bülow, Gerichtssaal LIV S. 4; v. Liszt l. c. S. 175; besonders eingehend Kohlrausch l. c. § 12.

allein aus folgender Erwägung: Zählt man die Rechtswidrigkeit nicht zu den Tatumständen des § 59, dann würden z. B. alle diejenigen Fälle, wo die irrtümliche Annahme einer Berechtigung zur Vornahme einer objektiv rechtswidrigen Handlung oder eines Schuldausschließungsgrundes auf seiten des Täters vorliegt, ebenso behandelt werden müssen wie die Fälle, wo der Täter die Rechtswidrigkeit kannte, denn es fehlte hier ja nur das Bewußtsein des Vorhandenseins der Rechtswidrigkeit, alle anderen Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, mögen richtig erkannt worden sein. Die einzige gesetzlich zulässige Möglichkeit der Berücksichtigung von solch irrtümlicher Annahme einer Berechtigung bestände dann innerhalb der Grenzen des für die Tat vorgesehenen Strafrahmens. Das Resultat würde sein, daß derjenige, der in Putativnotwehr seinen vermeintlichen Angreifer tötet — was sehr wohl mit Überlegung geschehen kann —, wegen Mordes mit dem Tode bestraft werden müßte, denn für das Verbrechen des Mordes gibt es kein dehnbares Strafmaß. Ein geradezu ungeheuerliches Urteil, zu dem sich kein Gericht verstehen würde.

v. Liszt würde vielleicht solchem Urteilsspruch seine Anerkennung nicht versagen, da er erklärt hat[1]: „Wer in vermeintlicher Notwehr einen Menschen tötet, hat nach meiner Überzeugung die Strafe des Totschlags durchaus verdient.“ Gegen diese harte Schlußfolgerung, die übrigens immerhin den Vorzug der Konsequenz für sich hat, da sie sich aus der engherzigen Auffassung des § 59 mit Notwendigkeit ergibt, hat sich im Lager der v. Lisztschen Anhängerschaft selbst Widerspruch erhoben. Heinemann, der die v. Lisztsche Behandlung der Schuldfrage im übrigen für „durchaus korrekt“ hält, will dem Irrtum über einen Schuldausschließungsgrund doch nicht

---

[1]) l. c. S. 180 Anm. 4.

schlechtweg jeden Einfluß auf die Schuldfrage absprechen. Er entgeht jedoch der Lisztschen Konsequenz nur dadurch, daß er zu dem alten Mittel der Unterscheidung zwischen faktischem und Rechtsirrtum greift,[1]) für deren verschiedene Bewertung der Gesetzestext, wie zuvor ausgeführt, keine Grundlage bietet.

v. Liszt will den, der seinen vermeintlichen Angreifer tötet, wegen Totschlags bestrafen; ob er sich auch mit der Strafe des Mordes abfinden würde, wenn unzweideutig nachgewiesen ist, daß die Tötung mit Überlegung ausgeführt wurde? Man nehme folgenden Fall an: A und B sind Bekannte, aber Geschäftskonkurrenten. Sie gehen zusammen auf die Jagd. A, dessen Gewehr nicht geladen ist, legt auf B im Scherz an und drückt auch ab. B hält das Knipsen für einen Versager und schießt A mit vollster Überlegung über den Haufen, um ihm nicht Zeit zu neuem Spannen zu lassen.

Hier würde v. Liszt folgerichtig auf Todesstrafe erkennen müssen.

Macht man sich die gegnerische Auffassung des § 59 zu eigen, so muß man sich mit dem Gedanken abfinden, daß dann das deutsche Strafgesetz gegen ein derartiges Urteil keine Garantien bietet.

---

[1]) l. c. S. 144/45.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Friedrich August David Otto Cornill, Sohn des o. ö. Universitätsprofessors Dr. Carl Heinrich Cornill und seiner Ehefrau Elise geb. Domer, preußischer Staatsangehörigkeit und reformierten Bekenntnisses, bin geboren am 23. Juni 1881 in Marburg in Hessen, besuchte die Vorschule und das königl. Wilhelmsgymnasium zu Königsberg i. Pr. und das Friedrichsgymnasium zu Frankfurt a. M. Ostern 1899 bestand ich das Abiturientenexamen.

Dann studierte ich zunächst evangelische Theologie, vom Wintersemester 1899/1900 ab Rechtswissenschaft an den Universitäten Breslau, Tübingen und Leipzig.

Dabei hörte ich die Vorlesungen folgender Herren:

Arnold, Brie, Bruck, Burchard, Cornill, Dahn, Fischer, Gretener, Jakobi, Jörs, Leonhard, Löhr, Müller, Naendrup, v. Neumann, Rümelin, Sohm, Sombart, Strohal, Schücking, Thudichum, Wolf, Wrede,

denen ich allen an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank ausspreche. Am 13. Juni 1903 bestand ich am Breslauer Oberlandesgericht die Referendariatsprüfung und am 23. Juni 1903 das examen rigorosum.

Im Vorbereitungsdienst war ich bei dem Amtsgericht in Greiffenberg i. Schl., dem Landgericht und der Staatsanwaltschaft in Breslau und den Rechtsanwälten Dr. Höer und Justizrat Heer ebendaselbst beschäftigt. Zurzeit bin ich dem Amtsgericht in Breslau überwiesen.

Von Oktober 1903 bis Oktober 1904 genügte ich meiner Militärpflicht beim Feldartillerie-Regiment v. Peucker (1. Schles.) Nr. 6 in Breslau, dem ich jetzt als Reserveoffizier angehöre.